

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'AUTORISATION DE JUSTICE
ACCORDÉE
A LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le mardi 26 mai 1908
à 2 heures 1/2*

PAR

Maurice DURET

AVOGAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS AUX CONCOURS D'HISTOIRE DU DROIT
DE DROIT CIVIL ET DE DROIT INTERNATIONAL

Président : M. MASSIGLI, professeur
Suffragants : { MM. BARTIN, professeur
WAHL. agrégé

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J. B. SIRLEY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL
22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'AUTORISATION DE JUSTICE
ACCORDÉE
A LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le mardi 26 mai 1908
à 2 heures 1/2*

PAR

Maurice DURET

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS AUX CONCOURS D'HISTOIRE DU DROIT
DE DROIT CIVIL ET DE DROIT INTERNATIONAL

Président : M. MASSIGLI, professeur

*Suffragants : { MM. BARTIN, professeur
WAHL, agrégé*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J. B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908



INTRODUCTION

On a dit avec juste raison que le contraste entre l'incapacité de la femme mariée et la capacité de la femme libre était l'un des traits les plus originaux et les plus caractéristiques du droit moderne (1). Rationnellement inexplicable en ses termes actuels, cette contradiction est le résultat d'une longue évolution historique qui a mis les rédacteurs du Code en présence d'un ensemble de solutions hétérogènes, ensemble qu'ils ont maintenu par suite de leur respect habituel des traditions, sans peut-être avoir bien conscience de la divergence de ses principes générateurs. Cela suffit à justifier la place importante que nous avons accordée aux notions de l'ancien droit, puisque leur concours nous sera indispensable pour apprécier d'une manière exacte et approfondie notre système actuel d'autorisation de justice.

Il ne nous appartient pas de rechercher ici le fondement de la puissance maritale ni d'étudier la lente élaboration

(1) Paul GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, p. 475.

qui, de donnée générale de suprématie virile, l'a érigée en coutume juridique. On a même pu dire à bon droit qu'autorité et autorisation sont deux choses entièrement distinctes, faciles à dissocier, et qu'il est possible de porter atteinte à la seconde tout en respectant la première (1). Notre sujet touche d'ailleurs à tant de questions intéressantes au premier chef que, sous peine de l'étendre démesurément, nous avons été dans l'obligation de le limiter de la manière la plus étroite. C'est pourquoi nous avons laissé de côté certains points qui sont communs à la fois à l'habilitation de justice et à l'autorisation maritale, notamment tout ce qui concerne les théories des nullités et de la spécialité.

Notre étude se bornera donc exclusivement à examiner quelle peut être l'action de la justice sur la direction du ménage. Pour cela il nous suffira de répondre à deux grandes catégories de questions : quelles sont les circonstances qui motivent l'intervention du juge — cette intervention accomplie, quels en sont les effets pour l'association conjugale ?

Il semble toutefois que nous ayions oublié un autre point : comment va se produire cette action de la justice ? Mais c'est là une omission volontaire, car il ne s'agit ici que de pures questions de forme et de procédure, importantes seulement pour des praticiens : leurs difficultés d'application étant nombreuses et leur intérêt théorique à peu près inexistant, elles auraient étendu notre étude d'une manière aussi considérable qu'inutile.

(1) Ch. TURGEON, *Le féminisme français*, t. II, p. 164.

En revanche, toutes les fois que cela présentait pour nous un intérêt direct, nous avons fait une très large place aux décisions de la jurisprudence. Tous les jours elle se trouve en face de situations, dignes d'attention et parfois de pitié, auxquelles les textes rigides du Code ne donnent point toujours une solution satisfaisante. C'est pourquoi, dans maintes hypothèses, par un retour plus ou moins conscient aux habitudes de cette jurisprudence prétorienne, qui a donné au droit romain une si grande souplesse et lui a permis une si remarquable évolution, elle a fait prédominer sur les déductions purement abstraites une interprétation juridique plus humaine, plus équitable, plus adéquate en un mot aux nécessités de la vie pratique. D'ailleurs n'est-il pas tout indiqué de consacrer une attention spéciale à de semblables évolutions qui, incontestables reflets des mœurs ambiantes, ont souvent fait de la jurisprudence d'hier la législation de demain ?

Un devoir nous reste à remplir : c'est d'adresser ici nos bien sincères remerciements à M. Ch. Massigli, l'éminent professeur de la Faculté de Droit de Paris, qui a bien voulu donner à notre étude l'appui de sa haute expérience et le concours précieux de ses conseils.

PREMIÈRE PARTIE

L'autorisation de justice dans l'ancien droit (1).

CHAPITRE PREMIER

La puissance maritale au XIII^e siècle.

On rencontre dans l'histoire de notre droit une époque où la puissance maritale est déjà constituée en système juridique sans que l'on puisse encore relever aucune trace de l'autorisation de justice. C'est au XIII^e siècle que se place cette période, éminemment propice pour servir de point de départ à notre étude, puisqu'elle nous permet à la fois d'examiner l'autorité du mari dans son complet développement et d'assister à la naissance de l'évolution

(1) V. à ce sujet les remarquables ouvrages de M. LEFEBVRE sur l'*Histoire du droit matrimonial français*, t. I. *Introduction générale*, t. II. *Droit des gens mariés* et l'intéressante étude historique de M. LEMIERRE sur l'*Autorisation de la femme mariée par justice*, Th. Paris, 1899.

qui aura pour résultat de faire intervenir la justice dans la direction du ménage.

Les auteurs du ^{xiii}^e siècle et particulièrement Beaumanoir (1) nous donnent une vue fort nette de la puissance maritale à leur époque. Il importe de nous y arrêter quelque peu, de manière à déterminer, avec le plus d'exactitude possible, les causes qui ont motivé l'apparition de l'autorisation de justice et les circonstances mêmes dans lesquelles elle a commencé à se produire.

Toutefois nous avons fait remarquer dans notre introduction que, sous peine de dépasser de beaucoup les limites que nous nous sommes assignées, il ne nous appartenait pas de prendre parti sur l'origine du système juridique d'autorité maritale, indépendamment même des principes naturels et moraux qui ont existé de tout temps à cet égard. C'est seulement d'une manière subsidiaire que la puissance maritale peut nous intéresser : nous n'avons à examiner ses caractères et ses effets qu'en tant que cela peut nous être utile pour l'étude de l'autorisation de justice. D'ailleurs la question ne se pose guère avant l'époque que nous examinons. « Étrangère au droit romain qui n'a connu que des incapacités atteignant toutes les femmes (tutelle perpétuelle ou Velléien), lentement dégagée des traditions germaniques qui soumettaient aussi toutes les femmes au *mundium* de leurs parents ou de leurs maris, l'incapacité spéciale des femmes mariées

(1) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisis*, éd. Beugnot.

n'apparaît comme institution distincte que dans nos coutumes du moyen âge (1). »

Toujours est-il que nous nous trouvons au XIII^e siècle en face de cette double situation, contradictoire au premier chef et qui pourtant subsiste encore de nos jours : la femme veuve ou fille majeure est considérée, en principe, comme entièrement capable, tandis que la femme mariée est subordonnée à son mari de la manière la plus étroite.

Et d'abord il est facile de constater qu'à cette époque la femme, en dehors du mariage, n'est soumise à aucune donnée générale d'incapacité. Des anciennes incapacités romaines ou germaniques, rien n'apparaît dans les *Olim* ni dans Beaumanoir. Celui-ci donne même explicitement les solutions contraires en disant que la femme veuve ou fille majeure dispose de ses biens, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit; s'oblige aussi bien pour elle-même que pour autrui, ce qui est en contradiction absolue avec le S. C. Velléien; agit en justice librement, enfin se comporte en maîtresse absolue de ses biens et de ses actes (2). Les mêmes conclusions d'ailleurs ressortent de nombreux actes de l'époque que nous possédons encore et dont aucun ne paraît constater la moindre restriction à la capacité juridique des femmes veuves ou filles majeures (3)?

(1) *Grande Encyclopédie*, v^e Autorisation maritale, par Ch. LEFEBVRE.

(2) BEAUMANOIR, chap. XLIII, n^o 1322 « Veuves femmes se peuvent bien obliger en deterie ou en plegerie, ou en quelque plet qu'il leur plaira par devant la justice laïe ».

(3) Assises de Jérusalem par ex. *Assise de la Basse-Court*, ch. 18 et nos chartes communales du XII^e siècle.

Le contraste n'en est que plus frappant lorsqu'on examine la situation de la femme dans le mariage. Sa dépendance est absolue, sa subordination complète : à chaque instant on qualifie le mari de *seigneur*, de *baron*, expressions désignant nettement, dans la terminologie du temps, l'homme à qui sa qualité de chef donne le pouvoir de commander en maître. De cette situation inférieure résulte notamment cette conséquence qu'un acte juridique de la femme ne peut valoir qu'autant qu'elle a obtenu l'autorisation de son mari ; il en est ainsi aussi bien pour tous les contrats et obligations que pour les actions en justice, en demande et en défense. Mais, en revanche, aucun acte n'est refusé à la femme autorisée du mari : elle peut s'obliger (1), comparaître en justice (2) ; elle peut même faire des donations (3) et s'engager par cautionnement (4). L'opposition est nettement dessinée : absolument incapable quand elle agit seule, la femme jouit de la plus entière capacité dès qu'elle a obtenu l'autorisation matrimoniale (5). Telle est dans toute sa rigide netteté la théorie du droit commun coutumier à cette époque (6).

(1) BEAUMANOIR, ch. XLIII, n° 22.

(2) BEAUMANOIR, ch. XLV, n° 17.

(3) BEAUMANOIR, ch. LXX, n° 7.

(4) BEAUMANOIR, ch. XLIII, n° 22.

(5) Voy. en ce sens *Jostice et Plet*, liv. II, t. XIV, p. 4 et liv. XVIII, t. II, p. 1 et 3. *Établissements de Saint-Louis* (éd. Viollet), liv. I, ch. 154.

(6) On peut seulement relever une exception : la femme s'oblige par ses délits sans l'autorisation de son mari, et un tempérament : la femme commerçante est pleinement capable en ce qui concerne

D'ailleurs cette incapacité si étendue et si stricte à laquelle on avait cru bon de soumettre la femme mariée n'était qu'une conséquence aussi immédiate qu'inévitable de la puissance reconnue au mari, un moyen nécessaire pour organiser une bonne et forte discipline au sein du ménage. Il est bien entendu et c'est, comme nous l'avons montré, la conception partout admise à cette époque, que la femme n'est pas, par le fait de son sexe, une incapable, que les anciennes idées romaines sur la *fragilitas sexus* ont entièrement disparu, qu'en admettant même que les Germains venus en Gaule, et notamment les Francs et les Burgondes, aient connu le *mundium*, on n'en relève plus aucune trace dans le droit du moyen âge : il n'en reste pas moins vrai que le ménage est une association, en conséquence qu'il lui faut un chef, et ce chef tout indiqué par la force même des choses et aussi par celle des traditions, c'est le mari. Toutefois le rôle de la femme, s'il est plus effacé, n'est pas pour cela sans importance : elle n'est pas un subalterne ordinaire, mais une véritable associée en second. Survienne une cause quelconque qui empêche le mari d'exercer ses droits, c'est la femme qui va prendre sa place, car il est naturel qu'en l'absence du chef ce soit son suppléant qui prenne la direction et le commandement (1). Voilà pourquoi si le mari est dans l'impossibilité

son commerce. BEAUMANOIR, ch. xxx, n° 55. *Établissements de Saint-Louis*, loc. cit.

(1) V. pour le développement magistral de ces idées, LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 30 et suiv.

d'agir, par exemple s'il est absent ou en état de folie, la femme, abandonnant sa situation inférieure, passe au premier rang, non seulement, comme aujourd'hui encore, pour la direction intérieure de la famille, mais aussi pour le droit de représenter le ménage à l'égard des tiers, notamment en contractant des obligations (1) ?

Ce rapide exposé nous suffit à comprendre qu'il n'y ait point place dans un tel état de choses pour l'autorisation de justice, aussi bien comme recours contre le refus du maire que comme autorisation supplétive. Et d'abord comment pourrait se produire l'intervention du juge dans un système où le mari a bien plutôt des droits que des devoirs, où l'on s'occupe, non point de protéger la femme, mais d'assurer et de consolider la puissance maritale ? Le mari décide et agit comme il l'entend : il est le seul chef et lui seul est responsable. Comment donner le pas sur sa défense formelle à la volonté de son subordonné ? De même, point de brèche par où puisse se glisser l'autorisation supplétive : en l'empêchement du chef, le second le remplace aussitôt, aussi bien à l'intérieur de la famille qu'à l'égard des tiers, car ce second n'est affecté d'aucune incapacité personnelle et irrémédiable : seule la bonne discipline domestique en a fait un subordonné qui, le cas échéant, a toutes les aptitudes nécessaires pour occuper, sans inconvénient et sans danger, la première place : qu'aurait-il donc besoin d'un contrôle gênant et d'un secours inutile ?

(1) BEAUMANOIR, ch. XLIII, n° 28.

Ajoutons que la nullité d'un acte fait par la femme sans autorisation ne pouvait être demandée que par le mari et nous constaterons qu'avec sa doctrine extrêmement nette dans sa conception, avec sa logique très grande dans ses conséquences, le système de l'autorité maritale au xiii^e siècle nous présente un ensemble homogène et harmonieux que nous ne retrouverons plus dans les époques postérieures.

CHAPITRE II

L'autorisation de justice à partir du XIV^e siècle

Une fois arrivées à leur complet développement, les idées que nous venons d'exposer ne se trouvaient plus en harmonie avec l'état contemporain des mœurs. Les conceptions, saines sans doute, mais un peu rudes et primitives qu'elles représentaient, étaient fortement ébranlées sous l'influence de causes diverses et nombreuses. D'une part, la toute-puissance maritale va bientôt paraître trop absolue : on voudra que la femme ne reste pas sans défense devant une obstruction malveillante et injustifiée de son mari et il est tout naturel, dès qu'il va falloir une tierce intervention, que le juge, protecteur attitré des faibles, en soit chargé. C'est là un progrès sans doute, puisque c'est la marque d'un adoucissement des mœurs, d'une conception plus bienveillante du rôle de la femme, mais vers la même époque nous allons constater l'introduction d'une idée nouvelle et toute différente, qui va désorganiser tout le système de la puissance maritale : l'idée d'incapacité de la femme, legs du droit romain et, à un degré moindre, des mœurs germaniques, tendances qu'accentueront encore les principes conformes du droit canon. Son premier résultat

sera de faire considérer la femme comme frappée d'une incapacité permanente, même quand son mari sera dans l'impossibilité de faire connaître sa volonté. Ici encore, tout naturellement, c'est la justice qui interviendra et ainsi nous nous trouvons déjà en présence des deux fonctions de l'autorisation de justice — au refus du mari — et à son défaut — telles que nous les retrouverons encore aujourd'hui, au moins dans leurs éléments essentiels.

SECTION I

L'autorisation de justice au refus du mari.

Inconnue au ^{xiii}^e siècle où elle était logiquement inadmissible en face de l'omnipotence maritale, l'autorisation de justice au refus du mari n'en apparaîtra pas moins bientôt, dès le ^{xiv}^e siècle où son existence nous est signalée par Bouteiller (1). Mais l'idée a de la peine à se faire jour : le juge ne va pas encore pouvoir intervenir d'une façon sûre et habituelle, toutes les fois qu'il y aura refus du mari. La femme devra au contraire prendre une voie tout exceptionnelle, à savoir s'adresser au Prince,

(1) BOUTEILLER, *Somme rurale*, liv. I, t. IX, édit. de 1621, p. 59 : « Item n'est à recevoir femme étant en lien de mariage si ainsi n'était qu'elle fût autorisée de son mary ou de son prince, nonobstant son mary, et de ce eut lettres et entérinement de juge compétent ».

lequel lui délivrera des lettres lui donnant permission d'agir malgré le refus du mari.

Par ailleurs, jusqu'à la fin de notre ancien droit, il n'y a point de changement de fond à signaler en la matière : l'autorisation de justice au refus du mari est en effet une donnée de conception simple et d'exécution aisée, et de prime abord elle s'appliqua dans toutes les circonstances où son utilité pouvait se manifester. Nous avons seulement à relever quelques modifications de pure forme, notamment la suppression de la nécessité d'obtenir des Lettres Royaux, conséquence de l'idée qui prit corps, à mesure que s'éloignaient ses débuts, que l'autorisation de justice au refus du mari ne devait pas être un recours exceptionnel, mais bien une voie ordinaire empêchant la femme d'être injustement lésée. Cette transformation de procédure paraît accomplie vers la fin du xvi^e siècle ou le commencement du xvii^e siècle (1).

Toutefois, pour ne pas tomber d'un excès dans l'autre, on prit soin d'empêcher ce recours de la femme de porter une atteinte trop grave aux droits du mari. On ne voulut pas que le juge autorisât la femme pour ainsi dire d'office, dès qu'elle en formerait la demande. Il était d'ailleurs rationnel et équitable que le juge examinât avec attention l'espèce qui lui était soumise, s'enquît si le mari avait eu de justes motifs d'opposer son refus, essayât de prévoir si l'acte qu'on lui demandait d'autoriser n'aurait pas de con-

(1) CHARONDAS SUR BOUTEILLER, *Somme rurale*, éd. 1621, p. 69.

séquences fâcheuses pour la femme ou pour le ménage. Aussi fut-il décidé, presque dès l'introduction de la nouvelle théorie que le juge n'accorderait son autorisation que *cognita causa* et le mari entendu en ses raisons. Que le juge étudiât particulièrement le cas qui lui était soumis, c'était évidemment une mesure fort sage (1). Quant à entendre le mari en ses raisons, rien aussi de plus équitable, car il pouvait avoir de justes motifs de refuser son autorisation, ces motifs ne fussent-ils encore que de pure convenance (2).

Si nous ajoutons que l'on trouve transporté en notre matière un principe essentiel de l'autorisation maritale, à savoir la règle de la spécialité, nous pouvons constater qu'en fin de compte toutes les précautions possibles avaient été prises pour donner à l'autorisation de justice au refus du mari son complet développement sans sacrifier en quoi que ce soit les droits de celui-ci et les intérêts du ménage. Aussi est-ce presque sans changement que nous la retrouverons dans le Code civil.

(1) Coutume de Sedan, art. 96; DUMOULIN, sur l'art. 214 de la coutume de Melun; BOURJON, *Droit commun de la France*, partie IV, ch. III, sect. IV; LE BRUN, *Traité de la communauté*, liv. II, sect. IV.

(2) BOUTELLER, *Somme rurale*, éd. 1621, p. 69 : « Item n'est à recevoir femme... parties appelées sur ce »; COQUILLE, *Institution au droit français*, éd. 1703, p. 62.

SECTION II

L'autorisation supplétive de justice.

Autant le rôle de l'autorisation de justice au refus du mari apparaît simple et logique et même, dirons-nous, en conformité avec les idées du ^{xiii}^e siècle, dès que l'on admet des limites à la puissance maritale, autant il serait difficile de comprendre *in abstracto* la naissance et la fonction de l'autorisation supplétive. Comment est-on arrivé à doter la femme mariée d'une incapacité véritable, aussi singulière, puisque la femme veuve ou fille majeure est entièrement capable, que rigoureuse, puisque l'épouse ne pourra plus jamais prendre en main et représenter les intérêts du ménage, quand le mari sera dans l'impossibilité d'exercer ses droits ? Ce fut là entièrement le résultat d'une idée ancienne qui fit une nouvelle apparition au ^{xiii}^e siècle et qui devait produire des effets de la plus haute importance : l'idée de l'incapacité de la femme. D'ailleurs si cette théorie, dont le ^{xiii}^e siècle n'avait jamais éprouvé le besoin, est apparue à l'époque que nous étudions, c'est uniquement grâce à la renaissance du droit romain. Il nous suffira de rappeler avec quelle sorte de dédain les Romains avaient toujours considéré la femme, qui n'était à leurs yeux qu'un être inférieur. Sans même remonter au temps de la tutelle perpétuelle et de la *manus*, la femme mariée en particulier se voyait, aussi bien à l'époque clas-

sique que sous Justinien, traitée comme un être faible, ayant besoin d'une incessante protection. En l'an 46 après J.-C., le S. C. Velléien vint défendre aux femmes mariées de s'obliger pour leurs maris : il fallut attendre jusqu'à Justinien pour voir introduire la possibilité d'une renonciation à l'*exceptio S. C. Velleiani* et jusqu'à l'édit d'août 1606 pour la voir supprimer officiellement dans notre droit. Encore faut-il remarquer que cet édit fut très mal observé dans la pratique, notamment dans le Midi de la France. Enfin le droit de Justinien vint prendre à l'égard de la femme mariée des dispositions de plus en plus rigoureuses pour la protéger à tout prix contre son mari : c'est le triomphe de l'idée de *fragilitas sexus*. Aussi combien rapidement va s'implanter au xiv^e siècle cette donnée de l'incapacité de la femme, alors qu'elle sature tous les textes du droit romain, seule base et unique fondement reçus alors par toute la doctrine. Et à ce courant irrésistible, qui suffirait à lui seul pour briser tous les obstacles, va encore venir s'ajouter la force impulsive d'un autre courant, celui du droit canonique. Sans doute la doctrine chrétienne a fait en principe de la femme l'égale de l'homme (*adjutorium simile sibi*); sans doute saint Paul a recommandé aux maris d'aimer leurs femmes plus qu'eux-mêmes (1), mais il n'en reste pas moins vrai que les docteurs de l'Eglise en ont toujours quelque peu voulu à la femme d'avoir été cause de la perte du genre humain et

(1) Cf. *Épître aux Galates*, III, 26 et 28 ; *Épître aux Ephésiens*, v. 22-25.

que l'Écriture Sainte a elle-même déclaré que la femme n'a pas été créée aussi directement que l'homme à l'image de Dieu (1).

Toutefois l'idée de l'incapacité de la femme *propter sexum* ne trouvait pas devant elle table rase : elle se heurtait aux conceptions du xiii^e siècle qui reconnaissaient chez la femme veuve ou fille majeure une entière capacité et subordonnaient la femme mariée à son époux uniquement dans l'intérêt de la bonne discipline domestique. Mais c'était justement cette condition de la femme mariée qui constituait le point faible : sans doute, dans le mariage, la femme n'était incapable en face du mari que comme l'associé en second à l'égard du chef, toujours est-il qu'elle était frappée d'incapacité et qu'il suffisait à peu près au droit romain et au droit canon, pour remporter la victoire, de changer seulement les idées théoriques, les faits restant d'abord à peu près les mêmes en apparence. Ce fut en effet le résultat qui se produisit : la capacité des femmes veuves ou filles majeures resta entière parce qu'il n'y avait point de brèche par où on put l'attaquer avec quelque chance de succès, tandis que la femme mariée fut peu à peu considérée comme absolument incapable, non plus seulement d'une manière exceptionnelle en face de son mari, mais même d'une façon générale à l'égard des tiers. Elle devint

(1) Cf. Citations latines empruntées aux Pères de l'Église dans le *Décret de Gratien*, caus. 33, quest. V, notamment le passage du Drogon où est commentée la *deterior causa feminarum* ; TERTULLIEN, *De cultu feminarum*, liv. I, etc.

une sorte de mineur en tutelle (1), ayant toujours besoin de protection, normalement de la part de son mari, subsidiairement, c'est-à-dire dans les cas où le mari ne pouvait remplir sa mission, de la part de la justice, protectrice naturelle et attitrée des faibles : l'autorisation purement supplétive de justice était apparue dans notre droit (2).

Son premier cas d'application fut l'absence du mari. Cela se comprend facilement : à une époque où les communications étaient fort difficiles, les troubles et les guerres à peu près à l'état permanent, les moyens de renseignements presque nuls, l'absence, au sens juridique du mot, existait bien plus fréquemment et bien plus irrémédiablement qu'aujourd'hui. C'était le cas le plus pressant et, du moment où l'on n'admettait plus que cette situation donnât à la femme entière liberté d'action avec pouvoir de diriger les intérêts de la famille, il était tout naturel que l'autorisation de justice eut à intervenir. Cela se produisit de très bonne heure, à peu près en même temps qu'elle s'introduisait comme voie de recours contre l'arbitraire du mari (3). D'ailleurs, dès le principe posé et son application

(1) Dans tout le cours de notre ancien droit, on compare continuellement la femme mariée soit à un *filius familias* ne pouvant rien faire sans le *jussus* de son *pater* (notamment coutume du Berri), soit à un pupille ayant besoin de l'*auctoritas tutoris*.

(2) *Grand coutumier* de Jacques d'ABLEIGES (fin *xiv*^e siècle), l. 2, ch. 32 : « Item nota que femme mariée ne peut estre en jugement sans autorité de son mary ; mais se le mary est absent par long-temps, le juge en faveur de la femme, la peut bien autoriser *supplendo* » (éd. Dareste et Laboulaye).

(3) FAGNIEZ, Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne

une fois faite, il n'y eut guère de changements en la matière. On prit seulement quelques précautions suggérées par la plus élémentaire prudence, c'est-à-dire que les juges avaient coutume d'ordonner une enquête et d'exiger une absence prolongée, de manière que la femme ne pût pas porter trop facilement atteinte aux droits de son mari, en profitant de sa simple non-présence pour se faire autoriser par justice. Mais en tout cela il n'y eut point de règles fixes, pas plus que dans l'ancien droit il n'y eut de théorie générale de l'absence.

Les choses ne devaient pas d'ailleurs en rester là : cette idée de soumettre à tout prix la femme à une protection permanente était grosse de conséquences et elle mena tout naturellement la justice à intervenir dans les affaires du ménage, non plus seulement en cas d'absence, mais encore toutes les fois que le mari se trouvait, par suite d'une impossibilité matérielle ou d'une incapacité légale, dans l'impuissance de faire connaître sa volonté.

C'est ainsi notamment que l'on obligea à se faire autoriser par justice la femme du condamné par contumace à une peine entraînant la mort civile, en considérant celui-ci comme absent pendant l'espace de temps nécessaire à purger la contumace (1). Mais la plus grande extension de

dans le tome XVII des mémoires de la Société de l'histoire de Paris, n° 1 disant « que elle... a certaines actions à .. intenter... ce qu'elle ne peut faire obstant l'absence de son mary, se par justice elle n'est autorisée à ce faire », 11 février 1396, *Registre d'audiences du Châtelet*. Archives nationales Y. 5220, fol. 120.

(1) DUNOD, *Observations sur la coutume du comté de Bourgogne*, p. 23.

l'autorisation de justice et aussi la plus intéressante devait se manifester dans les cas d'incapacité du mari : interdiction, condamnation et minorité.

L'interdiction s'appliquait alors aussi bien au fou qu'au prodigue. Il était évident que, dans aucun de ces deux cas, on ne pouvait sans danger laisser les intérêts du ménage aux mains du mari et le juge prit sa place sans conteste. Il en fut de même au cas de condamnation à une peine n'entraînant pas la mort civile (1), par exemple au bannissement ou aux galères à temps : en droit le mari continuait bien à jouir de la puissance maritale, mais il était dans l'impossibilité de fait d'en exercer les prérogatives et ici, encore, ce fut la justice qui s'arrogea le droit d'autoriser la femme (2).

Reste le cas de minorité du mari : comment d'abord la question peut-elle se poser ? C'est qu'en effet le mari, bien que mineur, n'en est pas moins investi de la puissance maritale et des prérogatives qu'elle comporte : dès qu'il juge bon d'approuver un acte de sa femme, de quel droit viendrait-on lui faire obstacle ? De toute évidence, ce raisonnement restait irréfutable tant que l'on ne voyait dans l'autorisation qu'un acte de puissance maritale, mais du jour où l'on considéra la femme comme ayant besoin d'être protégée, on commença à trouver étrange cette pro-

(1) DUNOD, *op. cit.*, p. 22.

(2) Il n'y avait pas à s'occuper des peines entraînant mort civile, le condamné étant alors tenu pour décédé. Cf. POTHIER, *Traité de la puissance maritale*, n° 23.

tection d'un incapable par un autre incapable. De là à conclure que l'autorisation du mari serait inopérante dans l'espèce et que la femme devrait demander l'habilitation de justice, il n'y avait qu'un pas. Toutefois ce pas ne fut pas franchi dans l'ancien droit : la plupart des auteurs considérèrent toujours la femme comme valablement autorisée par son mari mineur (1) et il faudra arriver au Code civil pour voir passer dans les textes la solution contraire.

Sur cette première difficulté vint d'ailleurs s'en greffer une seconde : le principe général étant qu'un mineur peut faire annuler tout acte lui portant préjudice, en serait-il de même pour ce cas particulier de l'autorisation accordée à sa femme par un mari mineur ? On admit l'affirmative (2), malgré le danger qu'elle présentait pour les tiers qui pouvaient se croire à l'abri en traitant avec une femme autorisée de son mari, n'étant par ailleurs nullement tenus ni peut-être à même de connaître la minorité dudit mari et on y fut amené par ce double désir de sauvegarder à tout prix les intérêts du ménage et de ne pas constituer d'exception au droit commun de la minorité.

(1) LOISEL, *Institutes coutumières*, liv. I, t. II, n° XXIII : « Un mari mineur peut autoriser sa femme majeure sans qu'elle puisse s'en faire relever mais bien lui » ; BOURJON, *Droit commun de la France*, partie IV, ch. III, sect. III ; LE BRUN, *Traité de la communauté*, liv. II, ch. I, sect. II, citant deux arrêts en ce sens l'un de 1608, l'autre de 1618 (arrêt 113 du recueil des arrêts de Montholon).

(2) LOISEL, *loc. cit.*

SECTION III

Étendue de l'autorisation de justice quant aux actes auxquels elle s'applique.

Ce fut en cette matière que l'autorisation de justice rencontra les plus grandes difficultés avant d'aboutir à son complet développement. Au début on ne l'admet que pour les procès, restriction qui n'est pas d'ailleurs purement arbitraire car si, à tout prendre, les contrats ne sont pas absolument indispensables, en revanche on peut être forcé de s'engager dans un procès et le refus du mari pouvait alors causer à la femme un très important préjudice. De plus, n'est-il pas tout naturel que l'atteinte ainsi portée aux droits du mari paraisse moins grave? Il s'agit d'un procès, c'est-à-dire d'un acte quelque peu exceptionnel et par ailleurs le juge pourra tout à son aise garder la femme sous un contrôle sévère, tout le temps et à toutes les phases de l'instance, puisqu'elle se déroulera devant lui, tandis qu'il aurait été loin d'avoir les mêmes facilités s'il avait accordé l'autorisation pour contracter. Même plus tard, ce sera toujours à l'autorisation d'ester en justice que les faveurs seront réservées. Nous avons vu en effet que, dès les premiers temps, l'on entourait l'autorisation extrajudiciaire de garanties sérieuses destinées à sauvegarder les intérêts du ménage et de la

puissance maritale, que notamment on exigea que le juge n'accordât l'autorisation que *cognita causa* et le mari entendu en ses raisons. Il semble bien, au contraire, que l'autorisation pour ester en justice était accordée de droit par le juge (1) et sans que sommation fût faite au mari (2).

Mais n'était-il pas possible de critiquer à bon droit cette limitation? Dès que l'on admettait que le mari n'était pas pourvu d'une autorité despotique, dès que l'on permettait à la justice d'autoriser la femme à seule fin de lui épargner les graves préjudices que pourrait lui causer le refus de son mari, n'y avait-il pas lieu de reconnaître à ces idées toutes leurs conséquences et de leur assurer leur entier développement? N'était-il pas tout aussi facile pour le mari de faire tort à sa femme en lui refusant son autorisation pour un acte extrajudiciaire, dans l'hypothèse d'une aliénation utile ou d'une acquisition favorable? L'idée en elle-même, du moment qu'on lui permettait de produire tous ses fruits, avait assez de force pour s'imposer dans tous les cas, mais ce ne fut pas sans une lutte longue et laborieuse. Les arguments de pratique qui avaient motivé l'ancienne solution contribuaient toujours à la maintenir telle quelle en l'empêchant de prendre une plus grande extension. On en revenait toujours à cette constatation fondamentale que la femme habilitée par justice pour plaider restait sous la surveillance directe et perma-

(1) LE BRUN, *op. cit.*, liv. II, sect. IV.

(2) COQUILLE, *Institution au droit français*, éd. 1703, p. 62; GUYOT, *Répertoire*, v^o Autor., sect. VIII.

nente du juge pendant tout le temps du procès et qu'elle était ainsi mise dans l'impossibilité de porter préjudice aux intérêts du ménage, tous avantages qui n'existaient plus dans le cas d'autorisation pour contracter. Aussi la doctrine primitive triomphe-t-elle encore complètement au début du *xvi*^e siècle (1), mais, à partir de ce moment, les principes rationnels reviennent à la charge avec une force irrésistible, appuyés par la tendance contemporaine d'étendre de plus en plus le domaine de l'autorisation de justice. On rencontre visiblement des traces de ce dualisme dans les auteurs de l'époque, notamment dans Guy Coquille qui, parlant de l'habilitation de justice, dit « pour contracter et s'obliger, je croy que la justice ne la doit autoriser » quitte à apporter ensuite ce tempérament qui détruit la règle « sinon après avoir oui le mary et si la disposition qu'elle veut faire lui est nécessaire ou utile et honneste (2). » La différence primordiale et essentielle devient donc une simple différence de forme, motivée par les causes que nous avons précédemment examinées et qui portaient à favoriser l'autorisation d'ester en justice. Toutefois il ne faudrait pas croire pour cela que toute controverse ait cessé; au *xvii*^e et au *xviii*^e siècles on trouve encore des auteurs qui soutiennent la tradition primi-

(1) Coutume de Troyes de 1509, art. 80 : « La femme mariée est en la puissance de son mari... en telle manière qu'elle ne peut faire contrat entre vifs, ni ester en jugement sans l'autorité de son dit mari ou de justice quant aux actes judiciaires ».

(2) COQUILLE, *loc. cit.*

tive (1), mais il est hors de doute que la jurisprudence s'était définitivement rangée à l'avis de Guy Coquille, avec les distinctions par lui adoptées, depuis un arrêt du Parlement de Paris de 1722 (2).

Une remarque s'impose, que nous n'aurons plus d'ailleurs à faire dans le droit moderne, au sujet du testament. Était-il permis à la femme du ^{xiii}e siècle sans autorisation de son mari? Beaumanoir et les Olim n'en disent rien. Au ^{xvi}e siècle, les coutumes de Normandie, Bretagne et Bourgogne se prononcent formellement dans le sens de la négative (3), mais il est certain qu'à cette époque le droit commun coutumier considérait la femme comme capable de faire seule et en toute liberté son testament. Aussi certains jurisconsultes prétendirent-ils que les dispositions contraires des coutumes sus-énoncées devaient être considérées comme tacitement abrogées (4), mais il

(1) LOISEL, d'après son commentateur DAROT, *Inst. cout.*, l. I, t. II, n° 22 : « Si le mari est refusant de les autoriser... elles seront autorisées par justice » et Darot ajoute : « Il paraît par toute la teneur de cette règle que ce n'est que dans le cas d'un procès et pour ester en jugement que l'auteur dit que la femme serait autorisée par justice au refus de son mari : elle ne le pourrait être ni pour contracter malgré son mari ni pour donner entre vifs » ; GUYOT, *Répertoire*, v° Autor., sect. VIII.

(2) RENUSSEAU, *Traité de la communauté*, n° 37.

(3) Coutumes de Normandie, art. 47, — de Bretagne, art. 619, — du duché de Bourgogne, art. 20, *Adde*, coutume du Nivernais, ch. xxiii, art. 1.

(4) COQUILLE, *Questions et réponses*, q. 104 ; BASNAGE, *Commentaire de la coutume de Normandie*, art. 417 ; TIRAQUEAU, *Ad leges connubiales*, c. v, n° 94.

était plus simple, devant des textes formels, de faire rentrer ce cas particulier dans la théorie générale de l'autorisation de justice au refus du mari et ce fut cette solution qui triompha.

En définitive, à la fin de l'ancien droit, un seul acte restait impossible à la femme autorisée par justice et il l'est encore de nos jours sous certaines distinctions tenant à la diversité des régimes matrimoniaux : c'est l'exécution testamentaire (1). Cette exception se justifie d'elle-même tant par certaines raisons tirées de l'intérêt du ménage que par d'autres tirées de l'intérêt des tiers, l'exécution testamentaire entraînant avec elle de lourdes responsabilités et la théorie courante restreignant de la façon la plus stricte, comme nous le verrons plus loin, le droit de gage des créanciers sur les biens de la femme autorisée par justice.

Ce rapide exposé nous a permis de constater une extension considérable du rôle de l'autorisation de justice puisque, partis du domaine borné des procès, nous sommes arrivés à l'immense étendue des actes extra-judiciaires. Mais, en même temps, si la femme est désormais mieux protégée contre son mari, d'autre part l'idée se développe de plus en plus d'en faire une véritable incapable, triomphe complet des idées romaines et canoniques sur le vieux fonds coutumier de notre droit.

(1) BOURJON, *op. cit.*, sect. IV, n° 24; LE BRUN, *op. cit.*, liv. II, ch. I, sect. III.

CHAPITRE III

Des effets de l'autorisation de justice.

Il a toujours été dans les principes de la communauté que les actes du mari ou de la femme autorisée par lui, engagent non seulement ses biens propres, mais aussi les biens communs, dont il est le chef. Quand la femme agira avec l'autorisation de son mari, le créancier aura donc comme garantie les biens de la femme, ceux du mari et ceux de la communauté. C'est là un grand avantage pour le créancier et en même temps pour la femme autorisée qui jouit ainsi d'un crédit le plus large possible. Mais quelle solution adopter quand la femme sera habilitée par justice ? En admettant même de prime abord que le mari ne puisse pas être tenu sur ses biens propres à l'encontre de sa volonté, que décider pour les biens communs ? Dira-t-on qu'on ne peut transgresser les règles essentielles de la communauté, qu'il y a là une association de biens sous la puissance et la disposition exclusives du mari, sur lesquels les actes de la femme habilitée par justice ne peuvent avoir aucune influence ? C'est évidemment là le jeu normal des principes du droit en la matière et il en résulte que les créanciers de la femme habilitée de justice,

ne pouvant avoir pour gage non seulement les biens du mari, non seulement les biens communs, mais même pas la jouissance des propres de la femme puisque cette jouissance dépend de la communauté, en sont réduits pour seule et unique garantie à la nue-propriété desdits propres, ce qui, par malheur, est souvent illusoire dans la pratique. Telle fut — principes et conséquences — la théorie de l'ancien droit : Guy Coquille (1), Loisel (2), Dunod (3), Bourjon (4) et enfin Pothier (5) sont unanimes à nous indiquer cette solution comme admise par la plupart des auteurs et reçue sans conteste en jurisprudence. En outre certaines coutumes l'avaient décrétée en termes exprès (6).

Notons cependant que quelques exceptions parvinrent à s'introduire et que, dans certains cas tout particuliers, on jugea bon de donner effet sur les biens communs aux engagements de la femme habilitée par justice. Il en fut ainsi notamment quand il s'agissait pour la femme de tirer son mari de prison ou de constituer une dot à un enfant commun (7).

(1) COQUILLE, *Institution des droits de mariez*, p. 62, éd. de 1703.

(2) *Instit. cout.*, liv. I, t. II, n° XXII.

(3) DUNOD, *op. cit.*, p. 15.

(4) BOURJON, *op. cit.*, sect. IV, n° XXII.

(5) POTHIER, *Traité de la puissance du mari*, partie I, sect. I, par. III.

(6) Notamment coutume d'Orléans, art. 201 : « Sans que les sentences des jugements qui pourraient être données à l'encontre desdites femmes non autorisées ni avouées par lesdits maris puissent être exécutées sur les biens de la communauté et durant icelle ».

(7) POTHIER, *loc cit.*, par. I.

En parfaite conformité avec les principes juridiques sur la puissance du mari et l'incapacité de la femme, surtout avec les idées reçues sur la direction de la communauté, cette théorie ne laissait pas néanmoins que d'avoir de fort mauvais résultats au point de vue pratique. Permettre à la femme de se faire autoriser par justice et d'autre part refuser aux actes de la femme ainsi habilitée tout effet sur les biens communs, c'est reprendre d'un côté ce qu'on accorde de l'autre. Qu'autorisée par justice la femme ait un procès et que son adversaire obtienne contre elle condamnation : il ne pourra poursuivre que la nue-propriété des propres de la femme, ce qui sera souvent illusoire. Que dans les mêmes conditions, elle accepte une succession : le mari pourra s'adjuger les meubles tombés en communauté, tout en opposant un refus absolu au paiement des dettes de la succession, que la femme n'a assumées qu'avec l'autorisation de justice. Les fraudes étaient donc de la plus grande facilité et tout mari tant soit peu habile, et que ne gênaient point trop les scrupules, prit rapidement l'habitude de ne plus jamais donner son autorisation à sa femme, de s'en rapporter toujours à la justice, ce qui lui permettait de profiter de tous les avantages de la situation sans assumer aucun de ses inconvénients.

Ce fut cet état de choses vraiment funeste qui fut énergiquement attaqué par certains auteurs, en tête desquels nous trouvons Loyseau (1) et Basnage (2), et tout natu-

(1) LOYSEAU, *Traité du déguerpissement*, livre II, ch. IV, n^{os} 13-19.

(2) BASNAGE, *Commentaire sur l'art. 544 de la coutume de Normandie*,

rellement ils s'empressèrent d'indiquer le moyen d'y remédier. Il n'y avait pour cela qu'à prendre le contrepied de la doctrine courante, à assimiler complètement l'autorisation de justice à l'autorisation maritale, et conséquemment à donner effet aux actes de la femme habilitée par le juge non seulement sur la pleine propriété de ses propres, mais encore sur les biens de la communauté et du mari, ce qui changeait du tout au tout la situation faite aux tiers et par suite améliorait considérablement le crédit de la femme. Que si cette théorie présentait tous avantages à cet égard, elle n'avait pas d'autre part l'inconvénient de porter en quoi que ce soit atteinte à la puissance maritale, du moins en tant qu'elle s'exerce d'une manière juste et raisonnable : c'est qu'en effet le juge ne doit autoriser la femme que *cognita causa* et le mari entendu en ses raisons, précautions préventives qui, sérieusement appliquées, doivent suffire à écarter tout danger ultérieur. Que si le mari est dans son tort en refusant injustement son autorisation, que si d'autre part il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, dans un cas comme dans l'autre, dès que la justice le remplace, ne faut-il pas que cette substitution soit complète et n'est-il pas tout naturel que les effets soient les mêmes dans les deux hypothèses ?

Si, malgré ces puissants arguments de pratique, la théorie de Loyseau et de Basnage ne devait pas triompher, trop opposée qu'elle était aux doctrines ambiantes, du moins allait-elle laisser des traces non seulement chez

certaines jurisconsultes postérieurs (1), mais jusque dans la jurisprudence qui s'y rangea fréquemment au xvi^e et au xvii^e siècles, pour s'en éloigner d'ailleurs de plus en plus à partir du xviii^e siècle.

(1) LE BRUN, *op. cit.*, liv. II, ch. I, sect. VI; RENUSSEAU, *op. cit.*, 1^{re} partie, ch. XII, nos 20 et suiv.

CHAPITRE IV

L'autorisation de justice sous le régime de séparation de biens.

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que le régime de communauté parce que, pendant longtemps, il fut seul admis en droit coutumier et qu'il conserva toujours une très forte prépondérance. Toutefois il importe d'examiner quelque peu comment les théories que nous avons étudiées se combinèrent avec le régime de séparation de biens.

Quand, sous l'influence du changement des mœurs, on commença à s'attaquer à l'omnipotence maritale, une des manifestations juridiques du nouvel esprit fut l'admission de la séparation de biens (1), contrairement au système ancien qui considérait la communauté comme aussi indissoluble que le mariage lui-même. Une conséquence remarquable de cette innovation fut de libérer la femme séparée de biens de toute autorisation maritale (2). A cela rien de

(1) Cf. MARCOU, *De l'autorité maritale au XIII^e siècle comparée à celle du Code civil*, Th. Paris, 1899, p. 33 et suiv.

(2) DUMOULIN, *Notæ Solennes* sur l'art. 232 de la Coutume du Bourbonnais; LOISEL, *Inst. cout.*, liv. I, t. II, n^o XXIII. — Ancienne coutume de Paris, a. 406.

surprenant pour l'époque car la puissance maritale, avec le système de l'autorisation, et la théorie de la communauté étaient apparues à peu près en même temps dans notre ancien droit, où elles formaient un ensemble homogène qui semblait alors impossible à diviser : dès que l'on touchait à l'une, il fallait supprimer l'autre. La communauté détruite, l'autorisation maritale disparaissait par la même occasion ; jusque-là évidemment aucun rôle n'est possible pour l'habilitation de justice.

Mais nous allons trouver dans la jurisprudence, à la fin du xvi^e siècle et au commencement du xvii^e siècle, les premières traces d'une solution entièrement opposée (1) et bientôt nous verrons la doctrine abonder dans le même sens (2). La nouvelle théorie partait de cette idée que, la séparation de biens laissant subsister le mariage et par suite la puissance maritale, on devait logiquement conserver l'autorisation qui n'en était qu'une conséquence. Absolument erroné au point de vue historique, puisqu'il méconnaissait les relations intimes de l'autorisation et de la communauté, ce système pouvait parfaitement se soutenir au point de vue de la logique abstraite et surtout il avait pour lui les tendances contemporaines cherchant à étendre à toutes les hypothèses possibles les idées sur l'incapacité de la femme.

(1) Arrêts du Parlement de Paris de 1586 et 1605 rapportés par POTHIER, *Traité de la puissance du mari*, sect. II, a. I.

(2) Pierre DE L'HOMMEAU, *Maximes générales du droit français*, III, 138.

D'ailleurs, si l'on avait déduit rationnellement ses conséquences, la nouvelle théorie aurait dû conduire tout naturellement à décider que la femme séparée, aussi bien que la femme commune, serait, pour tous ses actes, soumise à l'autorisation maritale. Or on s'arrêta à un moyen terme : on assimila la femme séparée à un mineur émancipé et, en conséquence, on lui laissa la libre administration de ces biens. Si peu logique que soit cette solution, elle fut couramment admise par tous les auteurs de la fin de l'ancien droit (1), malgré la rédaction plus ou moins nettement contraire de certaines coutumes (2).

Quoi qu'il en soit, il est évident que l'autorisation de justice recouvrait alors son double rôle habituel : d'une part, permettre à la femme d'en appeler au juge d'un refus injustifié du mari, ce qui était ici d'autant plus utile que les intérêts des époux étaient plus nettement opposés, surtout quand la séparation de biens n'était que la conséquence d'une séparation de corps, d'autre part remplacer le mari quand il était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ce qui constituait l'aveu, particulièrement indéniable puisqu'il ne pouvait plus être question de sauvegarder les intérêts communs, que l'on entendait maintenant protéger la femme contre elle-même.

(1) LE BRUN, *op. cit.*, liv. II, sect. I, par. II ; RENUSSEAU, *op. cit.*, 1^{re} partie, ch. IX ; BOURJON, *op. cit.*, ch. IV ; POTHIER, *Traité de la puissance du mari*, sect. II, art. 1, par. 1.

(2) Coutume de Paris, art. 224 et 234 ; Coutume de Montargis, ch. VIII, art. 6, etc.

Il est aussi fort intéressant de remarquer que, par le jeu même de ses principes, le régime de séparation de biens favorisait singulièrement, au point de vue pratique, la femme habilitée par justice, puisqu'il lui permettait d'engager la pleine propriété de ses biens. D'ailleurs à tous ces points de vue, rien n'est changé de nos jours et nous retrouverons toutes ces questions en abordant l'étude du Code civil.

CONCLUSION

Telle fut l'évolution de l'autorisation de justice dans notre ancien droit. Alors qu'au ^{xiii}^e siècle nous nous trouvons en présence d'un système juridique de puissance maritale un peu rude et primitif peut-être, mais aussi profondément homogène et logique, nous aboutissons au ^{xviii}^e siècle à une théorie complexe, aux conséquences contradictoires, qu'il est impossible de rattacher à une commune idée génératrice (1). L'influence incontestable du droit romain et du droit canonique a fait passer dans la coutume leur mépris plus ou moins avoué de la femme : grâce à leur action, celle-ci est devenue juridiquement un être faible, incapable d'agir valablement par lui-même et qui doit toujours être protégé par son mari ou par justice. Est-il possible, même en pure théorie et indépendamment des données de l'histoire, de soutenir de pareilles solutions ? C'est ce que nous étudierons en examinant les principes du Code civil en la matière. Auparavant il nous reste à voir ce qu'est devenue l'autorisation de justice pendant le droit intermédiaire.

(1) Cf. GUYOT, *Rép.*, v^o Autor., sect. II, *in fine*.

APPENDICE

L'autorisation de justice sous le droit intermédiaire.

Aucune loi concernant l'autorisation maritale ou de justice n'a été promulguée sous le droit intermédiaire, mais si les projets n'aboutirent point à un résultat définitif, du moins furent-ils nombreux et il est fort intéressant pour nous d'examiner leurs tendances. Imbu d'une idée permanente de réaction, poussée à l'extrême, il était tout naturel que le droit révolutionnaire prit, ici comme en beaucoup d'autres matières, le contre-pied des institutions qu'il trouvait établies. Il est facile de faire cette constatation dans les deux premiers projets du Code civil, du 9 août 1793 (1) et du 23 fructidor an II (2), sous la Convention. D'après leurs dispositions, plus de puissance maritale érigée en système juridique : le choix du régime matrimonial intervient seul pour déterminer les relations entre époux. Que si les époux n'ont point fait un choix exprès, les projets les soumettent sans doute au régime

(1) FENET, t. I, p. 17.

(2) FENET, t. I, p. 110.

de la communauté, mais modifié dans son essence même. C'est le système de l'égalité absolue qui prévaut : le mari et la femme ont les mêmes droits sur les biens communs ; chacun d'eux peut faire les actes conservatoires et les actes de disposition doivent être faits d'un commun accord (1).

Sans doute, en pure théorie il n'y a rien à redire aux principes de l'égalité absolue du mari et de la femme, ayant chacun les mêmes droits et les mêmes pouvoirs sur les biens communs, mais était-il sans inconvénient dans la pratique d'enlever à la communauté le chef qu'elle avait depuis si longtemps et de supprimer ainsi l'unité de vues et de direction qui fait la force de toute société ? On fut loin d'être d'accord sur ce point et de violentes attaques se produisirent contre les tendances de ces projets ; de plus la réaction instinctive et, pour ainsi dire, inconsciente, des premiers temps commençait à diminuer de violence et le projet émis en l'article 4, sous le Directoire (2), se montre déjà beaucoup moins hostile au droit coutumier. S'il ne va pas jusqu'à restaurer complètement l'autorité maritale, du moins il rétablit l'autorisation pour le régime de communauté. Plus d'égalité, plus de liberté absolue pour la femme ! le mari administre les biens communs et même les biens propres de la femme (3), qui, d'autre part, ne

(1) Projet de 1793, titre III, art. 11 et 12; Projet de l'an II, t. VI, art. 44.

(2) FENET, t. I.

(3) Art. 293.

peut s'engager, disposer, plaider sans l'autorisation de son mari (1). Celle-ci revenue, il est tout naturel que nous retrouvions aussi l'autorisation de justice au refus du mari : le projet dispose en effet que le juge de paix sera compétent pour autoriser la femme (2).

D'ailleurs, le nouveau mouvement de recul ne devait pas s'arrêter là : un retour, non plus partiel mais complet cette fois, est fait aux anciennes institutions par le quatrième projet (3), celui de l'an VIII, dans son chapitre des droits du mari. Non seulement il rétablit la puissance maritale et l'autorisation (4), non seulement, au refus du mari, la possibilité de s'adresser à justice (5), mais encore il suit jusqu'au bout les anciens errements en admettant à nouveau l'autorisation supplétive (6) et même il va plus loin en l'étendant au cas, si controversé auparavant, de la minorité du mari (7).

Aussi bien parce qu'aucune loi n'avait pu être votée qu'à cause des tendances rétrogrades du dernier projet, les rédacteurs du Code civil allaient pouvoir faire abstraction du droit intermédiaire et se trouver directement en face des solutions admises dans le dernier état de l'ancien

(1) Art. 295, 6-8.

(2) Art. 296, 7.

(3) Projet de Jacqueminot.

(4) Projet de frimaire an VIII, par. III, *des Droits du mari*, art. 57 et 58.

(5) Art. 59.

(6) Art. 61, 2-3.

(7) Art. 64.

droit. Allaient-ils, au moment de tenter une œuvre de rénovation juridique, prendre nettement parti pour une donnée franche et fondamentale, dont ils déduiraient les conséquences d'une façon essentiellement rationnelle et logique? Allaient-ils au contraire, comme ils le firent en bien d'autres matières, se laisser entraîner par le courant des traditions, qui les mènerait ici et là au bonheur des solutions admises peu à peu dans la pratique sous des influences nettement opposées? C'est ce que nous aurons à étudier dans le chapitre suivant.

DEUXIÈME PARTIE

L'autorisation de justice dans le droit moderne.

C'est en vain que l'on chercherait dans les travaux préparatoires des indications sur les principes qui ont guidé les rédacteurs du Code en notre matière. Tout ce que l'on peut y relever, ce sont de simples affirmations sans grande portée, notamment celles de Portalis dans son Exposé des motifs (1), où il se borne à constater en termes vagues et généraux, que, de tout temps et en tout pays, il a été reconnu à l'homme une certaine suprématie sur la femme.

(1) Code civil, *Exposé des motifs* par PORTALIS au Corps Législatif ; LOCRÉ, t. IV, p. 521 : « La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être... Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège, et elle est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre.... », p. 522. « La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible ».

En l'absence de toute donnée théorique suffisamment précise, est-il du moins possible de connaître les tendances des rédacteurs du Code d'après les solutions positives qu'ils y ont insérées ? Peut-on, en un mot, rattacher toutes leurs décisions à un unique principe générateur, comme des effets multiples mais concordants à une même cause commune ? Beaucoup de juristes, et non des moins éminents, l'ont tenté : nous croyons qu'aucun d'eux n'a jamais pu arriver à une solution satisfaisante et que c'était entreprendre une œuvre vouée d'avance à un irrémissible insuccès.

C'est qu'en effet, comme nous l'avons vu dans notre étude historique, tout le système de l'ancien droit, en matière d'habilitation de justice, reposait sur deux idées essentiellement opposées et qui s'étaient manifestées successivement. A cette donnée de notre vieux fonds coutumier que la femme est sous la dépendance du mari uniquement pour raison de bonne discipline domestique, l'influence de plus en plus irrésistible des législations romaine et canonique était venue superposer les idées d'incapacité et d'infériorité féminines dont elles étaient l'une et l'autre plus ou moins imbuës. Nous avons assisté à cette emprise de plus en plus grande et à l'extension si remarquable de l'autorisation purement supplétive à la fin de notre ancien droit.

Sans doute le droit intermédiaire avait bien au début tenté une réaction excessivement violente, en cela comme partout ailleurs, contre les solutions couramment admises

auparavant, mais si l'on considère d'abord que ces tendances restèrent purement théoriques, ne s'étant jamais traduites en lois votées et promulguées, ensuite qu'elles firent place dans les deux derniers projets à un retour, timide en commençant mais rapidement accentué, aux théories anciennes, on s'aperçoit facilement qu'en réalité c'est en face de ces théories que les rédacteurs du Code allaient se trouver. Ici comme en beaucoup d'autres matières, le Code civil ne fut pas une œuvre de réformation, mais une œuvre de transaction et de moyens termes : poussés par la force toujours si grande des traditions juridiques, ses rédacteurs adoptèrent à peu près en bloc toutes les solutions de l'ancien droit, quitte à les modifier parfois légèrement pour aboutir du moins à un semblant de logique.

Aussi trouvons-nous dans le Code, comme dans le droit du ^{xviii}^e siècle, l'autorisation de justice accordée à la femme d'une part au refus du mari (art. 218 et 219), d'autre part en cas d'impossibilité matérielle ou juridique de celui-ci d'exercer ses droits, à savoir en cas d'absence, d'interdiction (art. 222), de condamnation à une peine afflictive et infamante (art. 221) et même, contrairement à la solution dominante en droit coutumier, en cas de minorité (art. 224).

Les jurisconsultes du ^{xviii}^e siècle qui avaient recherché les bases de l'habilitation de justice ne s'étaient peut-être pas eux-mêmes rendu un compte bien exact de la dualité de ses causes. D'ailleurs ceux qui avaient essayé de

trouver le fondement de l'autorisation maritale en droit coutumier n'avaient abouti qu'à une confusion véritable, dont leurs expressions ambiguës et leurs termes hésitants sont la meilleure preuve. C'est par exemple Le Brun qui dans son *Traité de la communauté*, examine ainsi la question. « On demande si c'est pour l'intérêt du mari ou à cause de la faiblesse de la femme que cette formalité (d'autorisation) est requise, ce qu'on a intérêt à savoir pour décider la plupart des questions qui se présentent sur cette matière... Il faut dire que cette coutume est également fondée sur ces deux raisons : la faiblesse de la femme et la puissance et l'intérêt du mari. » Un des commentateurs de la coutume du Bourbonnais, Auroux des Pommiers, donne un témoignage frappant de cette indécision. « L'autorisation du mari à l'égard de la femme n'est pas requise purement... à cause de la faiblesse du sexe, puisque les filles majeures et les veuves contractent librement, sans être assistées de conseil, de tuteur, ni de curateur. Ce n'est pas non plus précisément à cause de l'intérêt du mari puisqu'il y a plusieurs cas où il ne s'agit pas de l'intérêt du mari et où néanmoins les femmes doivent être autorisées pour contracter. C'est donc principalement sur la puissance maritale que le mari acquiert sur la femme et sur les biens du jour de la célébration du mariage que cette autorisation est fondée : ou plutôt il faut dire qu'elle l'est également sur la faiblesse de la femme, la puissance et l'intérêt du mari (1). » C'est enfin

(1) Commentaire d'AUROUX DES POMMIERS (de 1732), sur l'art. 170

Guyot qui, dans son Répertoire, conclut ainsi : « Nous ne saurions croire que tous les rédacteurs de nos lois municipales soient conduits par les mêmes motifs... Ici l'assujettissement de la femme à la puissance du mari paraissait devoir seul emporter contre elle une défense absolue de faire aucun acte sans l'autorité de son mari. Là on ne s'occupait que des intérêts de celui-ci et, dès qu'ils étaient en sûreté, on ne s'occupait plus de la femme. Ailleurs l'un et l'autre conjoints fixaient à la fois le regard du législateur et en défendant à l'un de contracter sans la participation de l'autre, c'était à leur avantage commun qu'il entendait pourvoir (1). »

Les solutions positives n'ayant guère subi de changements, est-il possible de réussir aujourd'hui là où nos anciens jurisconsultes avaient été forcés d'avouer plus ou moins explicitement leur impuissance? Si l'on n'y a pas abouti, ce n'est certes point faute d'avoir essayé.

En tout cas il est de prime abord un point qui paraît incontestable, c'est que, dans notre droit, la femme mariée ne peut pas être considérée comme incapable à raison de son sexe, puisque, dès sa majorité, qu'elle soit fille ou veuve, la femme libre est pleinement capable à l'égal de l'homme.

Dès lors faut-il dire que la dépendance de la femme

de la Coutume du Bourbonnais; rapporté par LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 66.

(1) GUYOT, *Rép.*, v^o Autor., sect. II, *in fine*.

mariée n'est qu'une conséquence directe de la puissance maritale, que sa subordination existe uniquement parce qu'à toute association il faut un chef et que, pour la bonne administration des intérêts du ménage, le mari doit en avoir la conduite exclusive ? C'est ce qu'ont prétendu, à l'instar de Pothier (1), certains auteurs du xix^e siècle, notamment Toullier (2), Delvincourt (3) et Merlin (4), qui ne voient à la base de l'autorisation maritale que la nécessité pratique de donner un chef à la société conjugale. Que telle ait été la pensée des rédacteurs du Code, on ne peut l'admettre en présence des solutions positives qu'ils nous ont laissées. En effet de cette idée fondamentale il découlerait directement : qu'aucun acte de la femme ne peut valoir qu'avec l'autorisation du mari — qu'au refus de celui-ci l'autorisation de justice n'est pas possible et qu'elle est inutile au cas où il ne pourrait, matériellement ou légalement, exercer ses droits — que le mari peut donner à sa femme toute autorisation générale qu'il lui plaira — que sa minorité ne l'empêche pas d'autoriser valablement — enfin que lui seul peut intenter l'action en nullité quand la femme a fait un acte sans son autorisation. Or, nous savons ce qu'édicte le Code : les articles 218 à 224 établissent l'autorisation de justice aussi bien au refus du mari qu'en cas d'incapacité physique ou légale de sa part

(1) POTHIER, *Puissance du mari*, n^{os} 3-5.

(2) TOULLIER, *Droit civil*, t. II, n^o 615.

(3) DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. I, p. 75-79.

(4) MERLIN, *Questions de droit*, v^o Puissance maritale, par. 4.

— l'article 223 exige une autorisation spéciale pour tout acte qui dépasse l'administration — l'article 224 considère l'autorisation du mari mineur comme inopérante — enfin l'article 225 reconnaît à la femme aussi bien qu'au mari le droit d'opposer la nullité de l'acte fait sans autorisation. Il est impossible, en face de textes aussi décisifs, d'admettre à la base du Code la cause unique de la puissance maritale. Sans doute nous l'avons bien rencontrée comme seul fondement du droit coutumier au xiii^e siècle, mais si le principe était reçu sans conteste, au moins avait-on alors la logique d'en admettre toutes les conséquences.

Ce n'est pas à dire pour cela que le Code civil ait fait table rase de notre vieux fonds coutumier, que les idées romaines et canoniques d'incapacité féminine aient seules survécu et que notre droit ait exclusivement en vue, dans toutes ces dispositions, la protection de la femme, considérée par lui comme un être faible et sans expérience. Certes l'idée de protection se retrouve souvent dans les travaux préparatoires, aussi bien dans l'exposé des motifs de Portalis (1) que dans le rapport fait au Tribunat (2). Certes c'est la seule idée qui puisse expliquer le maintien par le droit actuel de l'autorisation purement supplétive au cas d'incapacité physique ou légale du mari, et même son

(1) Code civil, *Exposé des motifs* par PORTALIS au Corps Législatif. Séance du 16 ventôse an XI; LOCRÉ, t. IV, p. 522 et suiv.

(2) *Rapport fait au Tribunat au nom de la Section de Législation*, par M. GILLET, dans la séance du 23 ventôse an XI; LOCRÉ, t. IV, p. 526.

extension au cas de minorité, ainsi d'ailleurs que le droit accordé à la femme de demander la nullité d'un acte fait par elle sans autorisation. Mais il n'en reste pas moins vrai que le seul examen des textes, notamment des articles 217 et 225, pour ne parler que de ceux-là, démontre surabondamment que l'intérêt de la puissance maritale a été envisagé et garanti par le législateur.

Si donc nous voulons rendre théoriquement un compte exact des solutions positives du Code, nous devons reconnaître qu'il s'est fondé à la fois sur deux bases d'ailleurs divergentes, la puissance maritale et la protection de la femme, et c'est peut-être justement son principal tort de n'avoir point su ou voulu choisir entre deux principes dont les conséquences sont nettement opposées. Faut-il pour cela aller jusqu'à dire que les rédacteurs du Code nous ont donné « une législation sans système (1)? » Nous ne le croyons pas : sans doute ils ont hésité à prendre une décision ferme, à se fonder sur un principe unique, mais on peut sans conteste rattacher toutes leurs solutions à cette double idée : que le mari a droit à l'obéissance de sa femme et que la femme a droit à la protection de son mari. N'est-ce pas d'ailleurs le sens et presque les termes de notre article 213 (2)? Et c'est, pour s'être placé au point

(1) BEUDANT, *Cours de droit civil*, t. I, p. 476 et suiv.

(2) Cf. PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. III, p. 81 ; LEMIERRE, *op. cit.*, p. 147 et suiv. ; DIMITRESCU, *De l'autorisation de justice accordée à la femme mariée*, Th. Paris, 1896, p. 18 et suiv. Rappelons d'ailleurs que c'était exactement l'opinion de LE BRUN dans l'ancien droit.

de vue historique, ce qu'a fort bien compris Paul Gide quand, se demandant laquelle des deux tendances opposées de l'ancien droit, vieux fonds coutumier d'une part, d'autre part idées romaines et canoniques, a passé dans notre Code, il écrit avec tant de juste vérité. « La réponse me paraît facile : je la vois écrite dans chaque article du Code civil sur l'autorisation maritale. J'y lis que, faute d'autorisation, la nullité de l'acte peut être réclamée par la femme elle-même, qu'elle n'est point couverte par le silence et la mort du mari ; que si le mari est mineur, absent, interdit, condamné à une peine afflictive, la femme ne peut plaider ni contracter sans l'autorisation du juge. Tous ces textes ne disent-ils pas hautement que la puissance maritale est établie dans l'intérêt personnel et individuel de la femme, et non pas seulement dans l'intérêt du ménage ; qu'elle a sa cause dans cette légèreté et cette imprudence dont les légistes ont fait de tout temps l'apanage du sexe, et qu'enfin elle soumet la femme, non pas à une simple dépendance, mais à une véritable incapacité ? (1) »

En présence donc d'une donnée positive incontestable, est-il possible au moins de la justifier rationnellement ? On l'a tenté quelquefois (2) à l'aide d'un argument qui peut paraître spécieux au premier abord. Il est certain, a-t-on dit, que la loi ne considère pas la femme mariée comme incapable à raison de son sexe, puisque les filles majeures

(1) Paul GIDE, *Condition privée de la femme*, p. 478.

(2) Cf. notamment DIMITRESCU, *op. cit.*, p. 20-21.

et les femmes veuves jouissent de la plénitude des droits civils. Mais si la femme mariée a, en principe, les mêmes aptitudes aux affaires que la fille ou la veuve, du moins, dans la réalité des faits, les laisse-t-elle sans emploi : absorbée par les soins intérieurs du ménage, elle confie toujours le soin de ses intérêts pécuniaires à son mari. De cette situation de pratique résulte une incapacité spéciale, non pas fondée sur la *fragilitas sexus*, mais découlant exclusivement de l'état de mariage, et, en conséquence, prenant avec lui son début et sa fin. Quant à nous, il nous paraît au contraire plus naturel d'admettre que l'état de mariage ne peut que développer le jugement et l'expérience de la femme, car, comme l'a dit un de nos auteurs modernes les plus compétents en la matière « n'est-elle pas alors à même de trouver dans son mari l'aide ou le conseil qui manque aux autres et qu'elle n'a pas autant besoin d'aller chercher seule chez le notaire ou chez l'avoué? (1). »

D'ailleurs il est tellement vrai que l'autorisation de justice, telle qu'elle existe d'après les solutions positives du Code et en tant qu'elle est purement supplétive, est si contraire à nos tendances modernes d'égalité des sexes que nombre de jurisconsultes des plus éminents se sont livrés aux plus grands efforts de critique et de raisonnement pour essayer de démontrer que l'idée de protection n'était point entrée dans l'esprit des rédacteurs du Code, et que,

(1) LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 79.

malgré les solutions formelles des articles 221, 222 et 224, ils n'ont point considéré la femme comme irrémédiablement incapable (1). C'est, disent-ils, non point l'idée de protection de la femme qui est le fondement de l'autorisation, mais bien le désir de sauvegarder les intérêts du ménage et de la famille : il y a là une véritable solidarité morale et pécuniaire car aucun des actes de la femme, même concernant un de ses propres, n'est sans répercussion sur la famille, et le pouvoir de son chef vient heureusement limiter et restreindre les droits de l'épouse. C'est ce que disait déjà Demolombe. « La conservation des biens de la femme importe à toute la famille, à la femme, aux enfants et au mari lui-même. Or c'est le mari, chef du ménage, qui a été constitué le représentant de cet intérêt collectif et l'autorisation est le moyen de surveillance et de garantie que la loi a remis à cet effet dans ses mains. Ce n'est donc pas un droit pour lui, c'est aussi un devoir : il ne s'agit pas du seul intérêt du mari, mais de l'intérêt du mariage (2) » et depuis sous des formes différentes, ce sont toujours les mêmes idées que l'on retrouve chez les partisans de cette théorie (3). Mais l'intérêt du ménage,

(1) Cf. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, I, n. 296-8 et 307 bis; VALFTE, *Cours de Code civil*, I, p. 329; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, V, p. 138, n. 5; LAURENT, *Principes de droit civil*, III, n. 95; BRUDANT, *op. cit.*, I, n. 333-345; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, II, p. 672. •

(2) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IV, p. 435 6

(3) Cf. ZACHARIE, AUBRY et RAU, IV, p. 423 : « Il faut donc conclure que, quoique l'autorisation maritale ne soit pas requise comme

qu'est-ce autre chose que la réunion de l'intérêt du mari, sauvegardé par les droits conférés à la puissance maritale, et de l'intérêt de la femme, que les solutions du Code ont largement protégé? Quant à l'intérêt des enfants, puisqu'il ne peut exister qu'en tant qu'ils sont héritiers et représentants de leurs parents, il y a été pourvu implicitement par la même occasion : d'ailleurs notre système législatif en la matière ne fonctionne-t-il pas aussi bien en l'absence d'enfants? Enfin, comme on l'a dit avec juste raison, « faire découler l'incapacité de la femme de l'association des fortunes, d'une communauté d'intérêts entre époux, c'est commettre une confusion. Si tel était le véritable fondement de l'incapacité, celle-ci ne devrait pas exister toutes les fois qu'il n'y a pas d'association pécuniaire entre les époux. Or nous savons que, dans un ménage où l'on a choisi comme régime de biens la séparation absolue, l'incapacité de la femme n'en subsiste pas moins. C'est que, comme on l'a fait remarquer, l'incapacité de la femme se manifeste justement à l'égard de ses biens personnels, de ceux qui ne rentrent pas dans la masse des biens communs entre époux. Or, si le besoin d'une unité de direction peut justifier, dans une certaine mesure, la dépendance de la femme pour la gestion des intérêts communs, il n'en va

garantie des intérêts individuels de la femme, elle n'est cependant pas uniquement exigée dans l'intérêt du mari, mais encore et surtout pour la conservation des intérêts matrimoniaux et collectifs dont il est le représentant »,

pas de même assurément vis-à-vis de sa propre fortune (1). »

En réalité, ce que ces auteurs ont cherché et voulu à tout prix, ce qu'ils ont toujours tenté de faire non sans recourir à maintes subtilités et non sans tomber dans de fréquentes contradictions (2), c'est démontrer que le Code civil n'a pas voulu protéger la femme mariée *propter fragilitatem sexus*, mais, si étrangères que puissent paraître dans notre législation moderne ces idées romaines et canoniques, il n'en reste pas moins évident que la seule lecture des travaux préparatoires, l'examen même superficiel des textes, suffisent amplement à faire constater l'inanité de leurs efforts, tant est apparent dans notre droit le désir continu de doter la femme mariée d'une protection spéciale et permanente.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs qu'en recherchant soigneusement les bases adoptées par les rédacteurs du Code, nous ayions fait œuvre inutile. C'est qu'il ne s'agit pas ici d'une simple question d'histoire, sans intérêt pratique et sans conséquences actuelles : bien au contraire, dans nombre des hypothèses que nous aurons à examiner, il nous sera extrêmement précieux, pour maintenir nos solutions en conformité avec les principes du Code, de savoir

(1) Camille PROVANSAL, *Capacité de la femme mariée*, p. 62.

(2) LAURENT, *loc. cit.*; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, V, sous l'art. 224 commencent par déclarer que la femme ne saurait être incapable comme telle et finissent néanmoins par reconnaître qu'il lui faut une protection.

aussi exactement que possible sur quoi ces principes reposent.

Nous n'aurons plus, sous l'empire du Code civil, à étudier, comme nous avons dû le faire dans l'ancien droit, l'étendue et la limitation de l'autorisation de justice considérée quant aux actes auxquels elle s'applique. Nous avons en effet constaté que l'autorisation de justice, d'abord restreinte aux actes judiciaires, était arrivée à pouvoir suppléer l'autorisation maritale dans toutes les hypothèses, aussi bien en matière de contrats qu'en matière de procès. Il nous reste donc à examiner seulement les circonstances où l'autorisation de justice peut intervenir. Comme dans l'ancien droit, elles se divisent en deux catégories bien distinctes : il y a lieu à habilitation de justice au refus du mari ou à son défaut.

CHAPITRE PREMIER

Des cas où, le mari refusant son autorisation, la femme est habilitée par justice.

La théorie de l'autorisation de justice au refus du mari, à peu près complète dès le xiv^e siècle, s'était maintenue sans changement de fond jusqu'au droit intermédiaire et c'est avec les mêmes caractères que nous la retrouvons aujourd'hui dans les articles 218 et 219 du Code civil. Cette absence d'évolution n'a d'ailleurs rien qui doive surprendre : l'idée était très simple en elle-même et par suite on était arrivé en fort peu de temps à en retirer tout le fruit possible. Du moment où l'on trouvait inadmissible que la puissance maritale pût dégénérer en un instrument d'intolérable despotisme, il était tout naturel de l'en empêcher en instituant au-dessus du mari une sorte de juge d'appel, c'est-à-dire en permettant à la femme, lésée par un exercice abusif de l'autorité maritale, de recourir à l'habilitation de justice.

Le maintien de cette institution dans notre droit s'imposait en quelque sorte puisque les raisons qui l'avaient fait adopter sont malheureusement vraies de tout temps,

et elle devenait d'ailleurs d'une utilité encore plus grande par suite d'une réforme introduite par les rédacteurs du Code civil et sur laquelle il convient de nous arrêter quelque peu. Nous n'avons envisagé jusqu'ici que les régimes matrimoniaux coutumiers, mais il ne faut pas oublier que les pays du Midi étaient restés fidèles au droit romain et au seul régime qu'il connût, le régime dotal. Le patrimoine de la femme y était donc divisé en deux parties : les biens dotaux sur lesquels le mari avait le droit de jouissance et d'administration, et les biens extra-dotaux ou paraphernaux, sur lesquels la femme conservait pleins pouvoirs sans être soumise à cet égard à aucune donnée d'incapacité ni à aucune nécessité d'autorisation maritale. Or c'est un fait incontestable que l'idée de puissance maritale a été dans l'ancien droit indissolublement liée à celle de communauté. Il en résultait que l'autorisation maritale et par suite celle de justice étaient des institutions purement coutumières, ayant pour unique domaine d'application les régimes matrimoniaux coutumiers : encore avons-nous vu que ce n'était pas sans de nombreuses et longues difficultés qu'elles étaient parvenues à s'appliquer à la séparation de biens.

Le Code civil, œuvre de médiation et de fusion, a admis aussi bien les régimes coutumiers que le régime dotal, mais en même temps il a étendu à tous la règle de l'autorisation maritale. En théorie cela se justifie d'ailleurs aisément : il est en effet couramment admis aujourd'hui que la puissance maritale dérive du fait même du mariage,

indépendamment du régime matrimonial adopté par les époux. D'ailleurs l'autorisation du mari apparaît bien plus utile encore en dehors de la communauté, dans les régimes où, la femme conservant quant à ses biens une autonomie plus grande, les intérêts des époux sont moins étroitement unis et où elle est le meilleur et l'unique moyen d'assurer à l'association conjugale l'unité de direction qui lui est nécessaire. Les mêmes raisons militent en faveur de la conservation et même de l'extension parallèle de l'autorisation de justice. C'est que, du moment où le Code civil dissociait les idées de communauté et de puissance maritale, du moment où il étendait la nécessité de l'autorisation du mari à tous les régimes, l'utilité de l'autorisation de justice allait apparaître bien plus grande encore dans le régime dotal et la séparation de biens, où les données d'intime accord et de franche association qui président à la communauté font place à des idées de stricte réserve et de défiance plus ou moins prononcée. Déjà grave, comme nous venons de le constater, en cas de régime dotal ou de séparation de biens conventionnelle, c'est-à-dire quand les intérêts des époux sont distincts dès l'origine, le danger va devenir bien plus menaçant quand l'incapacité ou la mauvaise gestion du mari auront abouti à la séparation de biens judiciaire. La femme séparée n'ayant capacité que pour l'administration de ses biens, il lui faudra solliciter l'agrément de son mari toutes les fois qu'elle aura à faire un acte de disposition. Or, dans ce cas, le mari, gravement atteint dans sa puissance, sera bien

souvent tenté de causer des ennuis et peut-être un important préjudice à sa femme : il refusera son autorisation et la femme serait dans l'impossibilité d'agir si elle ne pouvait se faire habilitier par la justice. Jusqu'à ces derniers temps, le conflit avait atteint une acuité toute particulière dans le cas où la séparation de biens était la conséquence d'une séparation de corps (1) et où il existait entre les époux non plus seulement une défiance plus ou moins déguisée mais une véritable hostilité (2). La loi du 6 février 1893 (art. 311 nouv., al. 3), en rendant à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile, a mis fin à ce déplorable état de choses. Il n'en reste pas moins vrai que, de nos jours encore, l'autorité maritale mal exercée peut facilement donner lieu à de graves abus et que l'habilitation de justice a souvent occasion d'intervenir à bon droit (3).

(1) Cass., 18 août 1840, DALL, *Répertoire*, v^o Mariage, n^o 864. Alger, 2 sept. 1866, D. 67. 2. 135.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, III, p. 220, note 1. « Souvent le mari faisait pis encore : il se faisait payer l'autorisation qu'il donnait et la femme avait souvent intérêt à traiter avec lui à prix d'argent : c'était plus tôt fait et moins cher que d'obtenir une autorisation judiciaire ».

(3) Cf. Rouen, 7 mars 1892, confirmant un jugement du tribunal de Bernay, du 9 déc. 1891. D. 93. 2. 24. L'arrêt décide que la femme mariée non séparée de biens a la faculté, en vertu de son hypothèque légale, de porter une surenchère sur le prix des immeubles vendus par son mari et que c'est à tort que le mari refuse, en alléguant des motifs de droit, d'autoriser sa femme à surenchérir et, qu'à défaut de l'autorisation du mari, l'autorisation de justice peut en pareil cas intervenir valablement.

D'ailleurs, comme dans l'ancien droit, les rédacteurs du Code ont tenu à ce que cette intervention ne se produise qu'à bon escient. Toutes les fois que l'autorité maritale sera exercée avec loyauté et sans parti pris, toutes les fois qu'en défendant les droits du mari, elle protégera aussi l'intérêt de la femme et de la famille, toutes les fois en un mot que le mari aura de bonnes et légitimes raisons pour opposer son *veto*, la justice devra respecter sa volonté. Aussi l'art. 219, C. Civ. et les art. 861, 862, C. Pr. Civ. disposent-ils que le tribunal ne pourra donner son autorisation que lorsque le mari, hors les cas d'impossibilité matérielle, aura été entendu ou dûment appelé en Chambre du Conseil. D'ailleurs, non seulement le juge, saisi de la demande d'autorisation, jouit d'une liberté complète pour l'accorder ou la dénier, en connaissance de cause et après un examen consciencieux des motifs que le mari a pu alléguer à l'appui de son refus, mais encore il peut, comme l'époux lui-même, la subordonner à telles conditions qui lui sembleront convenables (1). Toutes précautions sont donc prises pour sauvegarder en même temps la puissance maritale et l'intérêt bien entendu de la femme : sur ce point il n'y a aucune critique à adresser à notre système d'habilitation par justice.

(1) En ce sens DEMOLOMBE, IV, n° 238; Lyon, 6 mars 1811; DALL, Rép., v° Mar., n° 897; Cass., 1^{er} avril 1878, D. 79 1. 420.

CHAPITRE II

Des cas où l'autorisation maritale ne peut être remplacée par l'habilitation de justice.

Le principe que la justice est compétente pour autoriser la femme au refus du mari s'applique d'une manière très générale : toutefois il comporte quelques exceptions que nous allons examiner et dans lesquelles l'habilitation de justice serait inopérante.

§ I. — EXÉCUTION TESTAMENTAIRE

Cette hypothèse est prévue par l'art. 1029, C. Civ. ainsi conçu : « La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. — Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les art. 217 et 219... »

Déjà l'ancien droit coutumier avait donné la même solution rapportée par Bourjon. « La femme, sur une autorisation de justice, ne peut s'immiscer dans l'exécution

d'un testament dont elle est nommée curatrice, » (1) et par Le Brun. « Pour les femmes mariées, elles doivent être autorisées par leur mari pour accepter une exécution testamentaire. » (2) Les raisons invoquées étaient qu'il y avait là une situation en dehors de la vie habituelle et normale de la femme, une sorte d'*officium virile*, dont le mari devait être seul compétent pour admettre ou non l'opportunité, et surtout que la femme habilitée par justice n'offrait point assez de garanties pécuniaires. C'est qu'en effet l'exécuteur testamentaire doit être d'une solvabilité d'autant plus indiscutable qu'il n'a nullement été choisi par les héritiers ou légataires du défunt et que c'est pourtant lui qui gère leurs intérêts, sans d'ailleurs qu'ils puissent le révoquer *ad nutum*. Or la femme commune habilitée par justice ne peut engager, suivant la doctrine classique, que la nue-propriété de ses propres, garantie souvent illusoire en pratique. Tels sont encore aujourd'hui les principaux motifs qui justifient les dispositions de l'art. 1029. Sous le régime de communauté, rien n'est changé, la situation restant exactement la même. Quant à la femme séparée, comme elle peut engager la pleine propriété de ses biens et fournir ainsi un gage de réelle valeur, l'art. 1029 permet formellement au juge de l'autoriser au refus du mari.

Mais, dans le silence du Code, que décider pour les deux autres régimes qu'il reconnaît ? Sous le régime sans com-

(1) BOURJON, *op. cit.*, sect. IV, n° 24.

(2) LE BRUN, *op. cit.*, liv. II, ch. I, sect. III, n° 11.

munauté, le mari a la jouissance de tous les biens de sa femme, comme sous la communauté : il en résulte, pour les mêmes raisons, que le juge ne pourra autoriser la femme au refus de son mari. Quant au régime dotal, une distinction s'impose suivant que la femme possède ou non des paraphernaux. Si elle s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, la solution précédente s'impose encore. Si, au contraire, certains de ses biens sont paraphernaux, on peut l'assimiler à cet égard à une femme séparée de biens, et, si ces paraphernaux sont suffisants pour constituer une réelle garantie pécuniaire, il y a lieu d'admettre la possibilité de l'habilitation de justice.

§ II. — COMPROMIS.

Cette seconde exception résulte de la combinaison de deux articles du Code de procédure civile, les articles 1004 et 83 : 6°. Le premier décide qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations sujettes à communication au ministère public : or le second, dans son alinéa 6, indique comme devant être communiquées au ministère public les causes des femmes non autorisées par leurs maris. La solution du Code de procédure s'explique facilement par cette considération que le compromis, consistant à remettre à des tiers le jugement d'un différend, est un contrat d'une gravité particulière et dangereux au premier chef, puisque celui qui le passe ne peut prévoir

d'avance quelle sera l'étendue du préjudice que pourra lui causer la sentence des arbitres (1).

§ III. — DONATION DE BIENS DOTAUX POUR L'ÉTABLISSEMENT D'ENFANTS COMMUNS.

Les articles 1555 et 1556 du Code civil, sont ainsi conçus :
Article 1555 : « La femme peut, avec l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur ; mais, si elle n'est autorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari ». Article 1556 : « Elle peut aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement de leurs enfants communs ».

De la seule lecture de ces articles il découle clairement que le Code a entendu prévoir deux hypothèses bien distinctes et leur donner des solutions différentes. S'il s'agit d'enfants d'un premier lit, le mari peut être mal disposé à leur égard et il importe de laisser à leur mère le droit d'en appeler à justice, à charge de laisser intacte la jouissance de son époux. Au contraire, quand il s'agit d'enfants communs, la situation est entièrement différente : il y a tout lieu de supposer que le père leur portera autant d'intérêt que la mère, et que, s'il s'oppose à des donations en leur

(1) Cf., GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, t. II, p. 649.

faveur de la part de celle-ci, c'est qu'il aura pour cela de bonnes et puissantes raisons.

Signalons toutefois une opinion divergente, accueillie par quelques rares jurisconsultes (2), et qui prétend que la femme peut recourir à la justice aussi bien dans l'hypothèse de l'article 1536 que dans celle de l'article 1535. Mais cette théorie, en contradiction avec la grande majorité des auteurs et des arrêts, est absolument inadmissible en présence des textes formels du Code civil. Nous ajouterons d'ailleurs que, si le mari était absent ou incapable, le droit commun reprendrait son empire et la femme pourrait être habilitée par justice.

Tels sont les cas dans lesquels, en vertu de dispositions explicites du Code, l'habilitation de justice ne peut intervenir au refus du mari. Il ne saurait y avoir aucun doute à leur sujet, mais il n'en est pas de même pour certaines hypothèses particulièrement intéressantes dans la pratique, comme celles, par exemple, où il s'agit de savoir si le mari est seul compétent pour autoriser sa femme à faire le commerce ou à contracter avec lui-même. Ces questions devant être envisagées également en cas d'autorisation purement supplétive, nous avons cru préférable de consacrer à leur examen un chapitre spécial.

(1) TOULLIER, XIV, n° 191 ; TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil* V. p. 285. — Rouen, 24 déc. 1841, S. 42, 2, 77. Cpr. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, XV, n° 497.

CHAPITRE III

Des cas où l'autorisation de justice est seule à intervenir, le mari étant dans l'impossibilité, physique ou légale, de donner la sienne.

SECTION I

Condamnation à une peine afflictive ou infamante.

I. L'article 221 du Code civil est ainsi conçu ; « Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, (1) encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. »

La loi considère que l'individu atteint d'une peine aussi

(1) Art. 7, C. Pén. « Les peines afflictives et infamantes sont....
2° Les travaux forcés à perpétuité ; 3° la déportation ; 4° les travaux forcés à temps ; 5° la détention ; 6° la réclusion ».

Art. 8, C. Pén. « Les peines infamantes sont : 1° le bannissement ;
2° la dégradation civique ».

grave ne doit pas conserver les droits qu'il avait sur sa femme : elle prononce à son égard une véritable déchéance pour cause d'indignité. Toutefois il est à remarquer que le Code civil ne fait ainsi que confirmer ce qu'avait décidé le Code pénal de 1791, alors en vigueur, dans son titre IV, article 2, d'après lequel : « Quiconque aura été condamné à l'une des peines (suit l'énumération des peines criminelles alors existantes) ne pourra, pendant la durée de la peine, exercer par lui-même aucun droit civil. » Aussi a-t-on pu soutenir que l'article 221 était dirigé bien plus contre la femme que contre le mari. « Ce n'est pas au mari qu'on défend d'autoriser sa femme ; c'est à la femme qu'on défend d'agir sans être autorisée par la justice. Il semble bien qu'on ait craint qu'une femme mariée dont le mari, condamné pour crime, serait au bagne ou en fuite, se considérât comme affranchie de la puissance maritale et comme capable d'agir seule. Peut-être en avait-on vu des exemples dans la pratique. » (1)

Quoi qu'il en soit des motifs théoriques de cette disposition du Code civil, ses rédacteurs s'y voyaient aussi conduits par des raisons tenant à des circonstances purement matérielles. Le mari peut en effet se trouver emprisonné dans des pays lointains ou en état de contumace à l'étranger. N'était-ce point le cas d'assimiler ces hypothèses à l'état d'absence, comme on l'avait fait dans l'ancien droit, et d'imposer à la femme la même nécessité de recourir à l'habilitation de justice ?

(1) PLANIOL, *op. cit.*, III, n° 297.

II. Du texte même de l'article 221, décrétant expressément que son application n'aura lieu que pendant la durée de la peine, il semble résulter avec la plus grande évidence que le mari recouvrera le droit d'autorisation à l'expiration de sa peine, indépendamment bien entendu de toute réhabilitation ou amnistie qui aurait pour résultat d'effacer la condamnation. C'est ce que pensent la plupart des auteurs (1) : toutefois certains d'entre eux ont cru devoir rejeter une solution d'apparence pourtant si claire, à cause de la contradiction qu'elle présente avec certaines dispositions du Code pénal. Leur raisonnement paraît, de prime abord, assez spécieux, il repose sur cette constatation que l'article 28 du Code pénal déclare que toutes les peines criminelles, même celles qui ne sont prononcées qu'à temps, entraînent de plein droit la dégradation civique, peine infamante et perpétuelle de sa nature. Il semble donc tout naturel de dire que la dégradation civique survivant à la peine principale temporaire, suffira à elle seule pour motiver l'application de l'article 221 et par suite empêchera le mari de recouvrer le droit d'autorisation à l'égard de sa femme. (2)

Un examen quelque peu approfondi nous conduit à rejeter cette solution. Elle est d'abord en opposition directe avec le texte de l'art. 221 en tant que lui-même

(1) AUBRY et RAU, V. par. 472, p. 147, n° 42 ; DEMOLOMBE, IV, n° 216 ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, p. 749, n° 2290 etc. Cf. HUMBERT, *des conséquences des condamnations pénales*, n° 303.

(2) En ce sens : DELVINCOURT, I, p. 79, n° 18 ; BEUDANT, I, n° 333.

limite son temps d'application à la durée de la peine. En outre il est évident que les rédacteurs du Code civil, en écrivant l'art. 221, se sont référés au Code pénal de 1791 et qu'ils n'ont songé qu'aux peines entraînant l'interdiction légale, puisqu'on ignorait alors si la dégradation civique serait reçue au nombre de nos peines criminelles. Cette opinion ne peut d'ailleurs qu'être confirmée par les dispositions de l'art. 34 C. pénal qui énumère les incapacités résultant de la dégradation civique et n'y comprend nullement celle qu'a prévue l'art. 221 C. civ. Ajoutons enfin qu'aux termes de l'art. 24 C. pénal « quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion sera de plus, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale ». Or l'interdiction légale entraîne une incapacité civile absolue mais, d'après les dispositions formelles du texte, elle n'existe que pendant la durée de la peine : n'est-il donc pas tout naturel de penser que la déchéance édictée par l'art. 221 est un effet, non de la dégradation civique, mais de l'interdiction légale (1), et conséquemment qu'elle doit avoir le même début et la même terminaison ? De là résulte aussi, contrairement à ce qui a été quelquefois soutenu, que, lorsque la dégradation civique est prononcée comme peine principale, elle n'entraîne nullement pour le mari la perte du droit d'autoriser sa femme.

III. Les dispositions contenues dans l'art. 221 C. civ.

(1) En ce sens : DEMOLOMBE, IV, n. 216.

ont aussi soulevé une autre controverse. On s'est demandé comment cet article pouvait à la fois étendre son champ d'application jusqu'à l'hypothèse de la contumace et le limiter en même temps à la durée de la peine. C'est qu'en effet le condamné par contumace ne subit pas sa peine, puisqu'il est en fuite et il ne peut même pas la subir car, par le seul fait de sa présentation en justice, la condamnation qui l'a frappé est considérée comme nulle et non avenue. On aurait peut-être pu expliquer cette contradiction apparente en admettant que, dans la pensée des rédacteurs du Code civil, l'interdiction légale atteignait même le contumax (1). Toujours est-il que la plupart des auteurs prétendent aujourd'hui que le condamné par sa contumace n'est point en état d'interdiction légale (2) et que, si l'on se range à leur avis, on est forcé de dire, avec Demolombe (3), qu'il faut entendre comme durée de la peine la durée de la contumace elle-même, c'est-à-dire le temps nécessaire à la prescription de la peine, lequel est fixé à vingt ans par l'art. 635 du Code d'instruction criminelle.

Mentionnons en terminant un jugement du tribunal de commerce de la Seine en date du 8 mars 1889 (4) décidant à ce sujet que l'autorisation qui aurait été donnée par le condamné en état de contumace deviendrait valable, s'il

(1) Ce fut cette opinion que soutint en 1854, au Corps législatif, M. RICHÉ, rapporteur de la loi du 31 mai 1854. Cf. PLANIOL, *loc. cit.*

(2) GARRAUD, *Traité de droit pénal*, t. II, n° 50.

(3) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. IV, n° 218.

(4) *La Loi*, 28 mars 1889.

purgeait sa contumace avant qu'on en ait demandé la nullité.

SECTION II

Interdiction.

I. D'après l'article 489 du Code Civil le majeur dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur est mis en état d'interdiction, ce qui le frappe d'une incapacité civile absolue. On comprend dès lors facilement que l'article 222 exige dans ce cas pour la femme l'autorisation de justice (1), puisque le mari est hors d'état d'avoir une volonté intelligente et de la manifester. Même en admettant qu'il ait des intervalles lucides, l'autorisation émanée de lui dans de pareils moments n'aurait aucune valeur, car le but de l'interdiction est justement de substituer à l'incapacité de fait, qui résulte de l'état mental et qui est souvent intermittente, une incapacité de droit qui résulte de la décision de justice et qui est continue.

II. L'interdit est, comme le mineur, en tutelle. Sa femme n'est pas de plein droit sa tutrice mais elle peut être nommée à cette fonction par le Conseil de famille (article 507 du Code civil). Cette situation est fort intéressante au point de vue juridique à cause de sa complexité

(1) Art. 222. « Si le mari est interdit ou absent le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. »

et de l'interversion des rôles qu'elle produit. La femme, en tant que femme mariée, reste évidemment incapable : la seule modification à cet égard est, qu'au lieu de s'adresser à son mari, elle devra désormais requérir l'habilitation du tribunal toutes les fois qu'il s'agira pour elle de faire, en son propre nom, un acte soumis à l'autorisation maritale, car alors elle ne représentera pas son mari et, ce qui lui sera nécessaire, ce sera l'autorisation de justice et non celle du Conseil de famille, avec ou sans homologation du tribunal. Mais quand elle agira comme tutrice, elle sera alors investie d'un mandat légal qui la dispensera d'autorisation, au même titre et avec la même étendue qu'un tuteur ordinaire : sa qualité de représentant du mari absorbera sa qualité d'épouse. Tous les actes qu'un tuteur ordinaire peut faire seul, elle les fera sans aucune espèce d'autorisation : que s'il s'agit d'un acte pour lequel l'autorisation du Conseil de famille ou l'homologation du tribunal sont requises en droit commun, elle devra bien entendu satisfaire à ces formalités (1). Il est d'ailleurs utile de remarquer que les pouvoirs ainsi conférés à la femme sont sans inconvénients, les actes les plus importants ne pouvant être accomplis par le tuteur seul et de plus l'article 507 du Code civil permettant au

(1) Cf. notamment Bordeaux, 30 janv. 1890. D. 91. 2. 245 décidant que la femme tutrice de son mari interdit pouvait, avant la loi du 27 février 1880, réaliser des valeurs mobilières et en employer le prix à l'acquisition d'immeubles avec la seule autorisation du Conseil de famille, sans l'homologation du tribunal.

conseil de famille, lorsqu'il donne la tutelle à la femme, de régler la forme et les conditions de son administration, ce qui doit évidemment s'entendre en ce sens qu'il peut restreindre les pouvoirs de la femme, mais non les augmenter.

Ces pouvoirs que nous venons de lui reconnaître en tant que tutrice, la femme les exercera non seulement sur les biens de son mari et sur les biens de la communauté, mais encore sur les biens qui sont sa propriété personnelle et dont l'administration appartenait au mari. « On pourra donc voir la femme, agissant comme tutrice, prendre l'administration de ses propres biens dont son mari était chargé et faire ainsi, au nom de son mari, des actes qui l'intéressent elle-même personnellement et qu'elle ne serait pas capable de faire seule en son propre nom » (1). Remarquons à ce sujet que, toutes les fois qu'il s'agira d'actes d'administration concernant ses biens personnels, la femme pourra toujours les accomplir seule, car, ou bien, d'après les conventions matrimoniales, la jouissance et l'administration des biens de la femme appartenaient au mari, et nous venons de voir, qu'agissant comme mandataire légal de celui-ci, elle les administrera en son lieu et place sans avoir besoin d'aucune autorisation ; ou bien elle sera séparée de biens et conservera tout naturellement le droit de les administrer seule comme auparavant.

Malgré la simplicité de cette théorie, une fois acquis

(1) PLANIOL, *op. cit.*, t. I, n° 2661.

son point de départ, qui consiste à appliquer distributivement à chaque situation les règles qu'elle comporte et à les maintenir avec leurs conséquences parallèles et indépendantes, sans jamais les confondre, une légère controverse s'est élevée sur la question de savoir si la femme, tutrice de son mari interdit, peut ester seule en justice relativement à ses intérêts mobiliers. On a quelquefois soutenu que la femme n'avait pas besoin d'autorisation dans ce cas, sous prétexte que, pouvant plaider sans autorisation sur les intérêts mobiliers de son mari, suivant les règles ordinaires de la tutelle, il serait étrange qu'elle ait besoin d'être autorisée pour plaider sur les siens propres (1). Qu'au premier abord il y ait là une certaine anomalie, nous ne le dénions pas, mais il est incontestable que la solution opposée résulte du jeu normal des principes : la femme, même séparée de biens, ne peut pas ester en jugement sans autorisation de son mari ou de justice, même pour une action mobilière. Comme elle agit ici en son nom personnel, et nullement en sa qualité de tutrice, il est tout naturel de lui faire l'application du droit commun.

Un arrêt de la Cour de Paris, en date du 12 octobre 1836, est aussi à critiquer, mais au contraire parce qu'il a trop étendu l'incapacité de la femme de l'interdit. Il a été jugé par cette décision que la femme de l'interdit ne peut partager qu'en justice une succession à elle échue, sous prétexte « que le mari ne figure pas seulement aux opérations

(1) DURANTON, *Cours de droit français*, III, p. 693.

de compte, liquidation et partage, dont il s'agit, comme assistant sa femme, mais encore comme partie intéressée quant aux fruits et revenus des biens de la succession, qui tombent dans la communauté, dont il est toujours le chef, quoiqu'interdit (1). » C'est faire à la femme de l'interdit l'application de règles qui ne sont établies que pour l'interdit lui-même. L'argument invoqué ne résiste pas d'ailleurs à l'examen car, toutes les fois que la femme aura à ester en justice ou à contracter, il y aura pour la communauté perte ou acquisition de fruits : cependant il suffit alors à la femme de l'autorisation de justice. D'autre part, l'expression très générale de « contracter » employée par l'article 222, ne peut-elle pas facilement s'entendre d'un partage amiable ?

III. Que décider dans le cas où le mari ne sera ni interdit ni interné dans un établissement d'aliénés, ou sera seulement interné sans être interdit ? Dans la première hypothèse, si le mari a donné son autorisation et qu'il ait des intervalles lucides, on ne pourra attaquer en nullité cette autorisation que conformément au droit commun, à charge de prouver que la démence existait au moment où l'acte a été fait et que le mari était alors dans l'impossibilité de manifester une volonté intelligente et réfléchie. Que si le mari est au contraire interné dans un établissement d'aliénés, mais sans être interdit, il y a sans doute contre lui une très forte présomption d'insanité d'esprit,

(1) DALL., *Rép.*, v^o. mar., n^o 872, note 2.

mais non pas toutefois une présomption légale et absolue comme celle qui résulte du jugement d'interdiction. Aussi tandis que l'art. 502. C. Civ. déclare les actes de l'interdit nuls de droit, l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 dit seulement que les actes de l'interné pourront être attaqués pour cause de démence, ce qui autorise le tribunal à garder un pouvoir d'appréciation assez étendu. En conséquence, il nous paraît impossible, comme l'ont fait certains auteurs (1), d'assimiler la situation de l'aliéné interné à celle de l'interdit et nous admettons parfaitement que le mari interné puisse, à la seule condition de se trouver dans un intervalle lucide, valablement autoriser sa femme.

Mais qu'arrivera-t-il dans le cas où les facultés mentales du mari, sans qu'il soit interdit, sont tellement altérées qu'il n'a même pas d'intervalles lucides et par conséquent qu'il y a impossibilité pour la femme d'obtenir de lui une autorisation valable? Certains auteurs décident, à bon droit selon nous, qu'une seule voie est alors ouverte à la femme : provoquer l'interdiction de son mari et solliciter ensuite l'autorisation de justice, conformément aux dispositions de l'art. 222, C. Civ. (2) « En principe, dit Laurent, (3) c'est le mari qui doit autoriser sa femme; le juge ne peut intervenir que dans les cas prévus par la loi, quand

(1) AUBRY et RAU., V. par. 472, p. 147; FUZIER-HERMAN, *Rép.* art. 222, n° 5. Chambre du Conseil de la Seine, 27 mai 1854; BERTIN, t. II, n° 871.

(2) LAURENT, III, n° 430; HUC, II, n° 270.

(3) LAURENT, *loc. cit.*

le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. La loi ne place la démence du mari parmi ces exceptions que si elle est légalement constatée par un jugement d'interdiction. D'après la rigueur des principes, il faudrait donc décider que la femme doit provoquer l'interdiction de son mari, à moins qu'elle ne se fasse autoriser par lui quand il se trouve dans un intervalle lucide. » C'est la même théorie qui a été adoptée par la Cour de Gand dans son arrêt du 29 décembre 1871. « Considérant que, d'après l'esprit de la loi, l'interdiction constitue seule une constatation légale de l'incapacité où se trouve le mari d'exercer l'autorité conjugale par suite d'imbécillité ou de démence, et que des mesures prises par l'autorité administrative, sur la requête des parents ou même des magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire sont loin de présenter les mêmes garanties qu'une procédure en interdiction... Estime qu'il y a lieu de confirmer l'ordonnance rendue par le tribunal de première instance,.. par laquelle la requête de la dame N..., tendant à être autorisée à procéder aux actes nécessaires à la liquidation et au partage d'une succession à elle échue, a été rejetée... » (1)

Toutefois nous devons reconnaître que la majorité de la doctrine se prononce en sens contraire, en n'invoquant d'ailleurs que des motifs de nécessité pratique. On prétend qu'obliger la femme à demander l'interdiction de son mari serait une rigueur injustifiable, d'autant plus que

(1) D. 74. 2. 153.

souvent cette mesure arriverait trop tard, que parfois même elle ne pourrait être provoquée, l'état de démence n'étant pas habituel, (1) ce qui nous semble d'ailleurs manifestement exagéré, les termes de l'art. 489 étant suffisamment larges pour permettre de remédier à toute situation fâcheuse en pratique. On a bien essayé aussi de soutenir que l'on doit assimiler à un refus le silence forcé de l'époux et permettre en conséquence à la femme d'en appeler de ce refus au tribunal (2), mais c'est là un argument qui nous paraît irrecevable, car il n'a jamais été dans la pensée du législateur de considérer comme un refus le silence involontaire du mari. D'ailleurs un des partisans de ce système n'a-t-il pas repoussé la théorie de Laurent sous prétexte que « pour être l'application stricte des textes, elle ne lui paraissait pas conforme à une saine interprétation de la loi. » (3) C'est, nous semble-t-il, la meilleure réfutation de la doctrine courante. Que la solution qui découle clairement des textes présente des inconvénients dans la pratique, qu'elle puisse même parfois être préjudiciable à la femme ou lui causer des ennuis, peut-être est-ce possible : il n'en reste pas moins vrai que le Code s'est prononcé, et que, s'il y a lieu de modifier ses dispositions, c'est au législateur seul qu'il appartient de le faire.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, p. 744, n° 2285.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *loc. cit.* et DALL. 74, 2, 153, note 1 sous l'arrêt de GAND précité.

(3) DALL., *loc. cit.*

IV. Une autre question se pose, que les rédacteurs du Code n'ont point expressément prévue. Il se peut que le mari, pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, soit pourvu d'un conseil judiciaire, conformément aux articles 499, 513 et suivants du Code civil. Dans cette situation, la capacité est la règle pour le pourvu de conseil : il n'est incapable que pour les actes qui lui sont expressément défendus. Parmi ces derniers ne figure pas l'autorisation maritale, mais n'est-il pas de l'esprit du Code de restreindre à ce point de vue les pouvoirs du mari prodigue ou faible d'esprit ?

On a quelquefois soutenu que les incapacités sont de droit étroit et qu'on ne peut décider en de pareilles hypothèses par raison d'analogie ; que l'article 222 s'applique uniquement à l'interdit, laissant entièrement en dehors de ses prévisions le pourvu de conseil ; qu'enfin l'énumération des actes défendus faite par les articles 499 et 513 du Code civil doit être considérée comme limitative et on a ainsi abouti à la conclusion que le mari placé sous conseil judiciaire conserve le droit d'autoriser valablement sa femme (1).

En dehors de cette opinion restée à peu près isolée, la doctrine a été divisée par deux théories qui ont chacune recueilli d'importantes approbations. Elles sont d'accord sur un premier point : à savoir que, comme nous le constaterons plus loin pour le mineur, le mari pourra autoriser

(1) DURANTON, *op. cit.*, II, n° 506.

sa femme toutes les fois qu'il s'agira d'un acte qu'il peut faire lui-même sans l'assistance de son conseil. Elles conviennent aussi toutes deux qu'il est impossible de permettre à un incapable d'autoriser, pour un acte qui lui est défendu à lui-même, un autre incapable (1). Mais elles se divisent sur la question de savoir de quelle manière la femme pourra obtenir dans ce cas une autorisation valable. Les uns soutiennent que le mari doit pouvoir autoriser sa femme sous les mêmes conditions qu'il lui faudrait remplir pour agir lui-même, ce qui revient à dire que la femme devra obtenir l'autorisation de son mari assisté de son conseil (2). Les autres, au contraire, décident que l'on doit assimiler à ce point de vue le pourvu de conseil à l'interdit et obligent la femme à requérir l'autorisation de justice (3) : c'est étendre au cas de conseil judiciaire l'application de l'article 222 du Code civil qui ne prévoit expressément que l'interdiction. Les raisons ne manquent pas d'ailleurs pour justifier cette extension : il est très admissible de considérer le pourvu de conseil comme assimilé à un interdit pour tous les actes qui lui sont défendus, d'autant plus que de nombreuses dispositions du Code

(1) Ainsi jugé. Cass., 11 août 1840 et Rennes, 17 déc. 1840 : DALL., *Rép.*, v. mar., n° 861, note 2 et 874, note 2.

(2) LAURENT, III, n° 132 ; MAGNIN, *Des minorités*, I, n° 909 ; BERTIN : *Chambre du Conseil*, n° 872. — Paris, 27 août 1833 : DALL., *Rép.*, v° mar., n° 874, n° 1. Cpr., Paris, 13 nov. 1866, D. 66, 2, 245.

(3) AUBRY et RAU, p. 149, n° 45 ; DEMOLOMBE, IV, n° 225 ; HUC, II, n° 271 ; FUZIER-HERMAN, art. 222, n° 6 et suiv. ; BAUDRY-LACANTINIERE et HOUQUES-FOURCADE, n° 2287.

civil, où il n'est parlé que des interdits, ont été étendues aux placés sous conseil, cela pour identité de motifs, et de l'aveu même des partisans de la théorie opposée. C'est ainsi que Duranton lui-même admet cette extension dans l'hypothèse de l'article 442 du Code civil qui exclut les interdits des tutelles et des conseils de famille (1). L'ancien droit avait d'ailleurs abouti à la même solution : on trouve en effet dans le Nouveau Denizart mention que, la question s'étant présentée en 1755 de savoir si le mari, interdit pour cause de prodigalité, avait pu autoriser sa femme, les juges ne faisaient aucune difficulté sur le point de droit et admettaient la négative (2).

De nos jours le même système nous paraît absolument conforme à l'esprit du Code, qui a toujours eu pour principe de ne point mettre de tiers entre les époux et qui a voulu, dans tous les cas où le mari était dans l'impossibilité d'exercer ses droits, que la justice fut seule à les hériter. Indépendamment de l'article 222, qui applique cette règle en cas d'interdiction, il nous semble que l'on peut tirer en ce sens un puissant argument d'analogie de l'article 224 du Code civil. Il y a une similitude frappante entre la situation du mari mineur, émancipé par le mariage qui lui a conféré une capacité limitée, et celle du pourvu de conseil dont on a restreint les droits dans de notables limites. Or l'article 224 s'est bien gardé de donner au curateur du mari mineur le droit de compléter la volonté de

(1) DURANTON, II, nos 503 et 509.

(2) NOUVEAU DENIZART, v^o. autorisation, par. 3, n^o 7.

celui-ci pour qu'il puisse valablement autoriser sa femme : au contraire, il a expressément déclaré que celle-ci serait tenue de se faire habiliter par justice. Rien, nous semble-t-il, de plus en harmonie avec les principes du Code que de donner à la justice, dans notre hypothèse, les mêmes pouvoirs que, dans des occasions analogues, le législateur lui a expressément conférés. C'est aussi en ce sens que se prononcent la plupart des arrêts, en se fondant sur les motifs que nous venons de développer (1).

V. Dans le silence du Code, nous avons à examiner les cas d'interdiction ou de mise sous conseil judiciaire de la femme elle-même (2). Si c'est le mari qui, conformément aux dispositions de l'article 506 du Code civil, est le tuteur de sa femme, il ne se produira aucune difficulté : les principes de la tutelle et de l'autorité maritale se combineront fort aisément.

Mais la situation sera beaucoup plus complexe, si, pour une cause ou pour une autre, le mari est excusé, exclu ou destitué de la tutelle : n'y aura-t-il point lieu dans ce cas à intervention de la justice en tant qu'elle remplace la volonté maritale ? Remarquons d'abord que la question ne

(1) Rennes, 17 déc. 1840, DALL., *Rép.*, v^o. mar., n^o 874, n. 2. — Tribunal de Lyon, 8 juin 1872. D. 73, 3, 7, dont les motifs constituent un excellent résumé des arguments ci-dessus invoqués. — Cass., 6 déc. 1876. D. 77, 1, 307. Cpr., Bordeaux, 16 juin 1869. D. 70, 2, 34.

(2) Pour simplifier, nous ne raisonnerons que sur le cas d'interdiction, mais les principes et les solutions sont exactement les mêmes en cas de dation d'un Conseil judiciaire.

se pose pas pour les actes que la femme pouvait faire seule avant son interdiction, en vertu d'une séparation de biens ou d'une réserve de paraphernaux, et que le tuteur, en sa qualité de mandataire légal de la femme, aura évidemment le droit de faire seul. Mais que décider pour les actes que la femme aurait pu faire seulement avec l'autorisation maritale ? On a soutenu que devaient alors seules s'appliquer les règles de la tutelle, c'est-à-dire que s'il s'agissait d'un acte que le tuteur peut faire seul en droit commun, il n'aurait aucune autorisation à requérir, et que, s'il s'agissait au contraire d'un acte pour lequel l'autorisation du conseil de famille avec ou sans homologation du tribunal est nécessaire, le tuteur serait tenu d'accomplir, comme d'habitude, ces formalités : il n'y aurait donc jamais lieu pour lui de solliciter l'autorisation du mari ou de justice (1). On a fait remarquer aussi à l'appui de cette opinion que, au moins dans les cas où le mari était exclu ou destitué de la tutelle de sa femme, c'était parce que la loi le considérait comme indigne ou incapable de gérer les intérêts de celle-ci et qu'on pouvait donc, sans aucun scrupule, ne pas faire état de son droit d'autorisation. La Cour d'Amiens a admis cette théorie par un arrêt en date du 29 décembre 1825 dont les motifs sont ainsi conçus : « Considérant que l'autorisation du mari, exigée par les articles 215 et 217 du Code civil, ne s'applique qu'au cas où la femme jouit de la plénitude de sa raison et agit elle-

(1) DEMOLOMBE, IV, n° 228 ; DIMITRESCU, *op. cit.*, p. 40.

même ; mais qu'il n'en est pas ainsi quand la femme est interdite, puisqu'aux termes de l'article 509 elle est purement et simplement assimilée à un mineur... ; que dès lors toute l'autorité (du mari) relativement aux biens de sa femme avait été transportée à N..., tuteur nommé à sa place ; qu'il serait contraire à toute raison de créer, par rapport à ses biens, deux autorités rivales et souvent inconciliables... Confirme, etc. (1).

Toutefois ces raisons ne nous paraissent pas suffisamment convaincantes pour sacrifier aussi complètement les droits du mari. Si, comme nous l'avons constaté, la nécessité de l'autorisation a en grande partie pour but la protection de la femme, il n'en est pas moins vrai qu'elle est aussi une conséquence de la puissance maritale. « Aucune disposition, disent Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, ne laisse supposer que les droits du mari expirent... devant ceux d'un tiers, dont la fonction est uniquement de gérer les biens de la femme ou de lui prêter son assistance..... Prétendre que l'autorisation maritale n'est plus requise, c'est affirmer du même coup, contre toute vérité, qu'elle n'est pas non plus utile, alors que le vœu de la loi a dû être que l'autorité du mari persistât tant qu'elle avait un rôle à remplir. Quant à la perspective des conflits qui seraient susceptibles de s'élever entre deux autorités rivales, elle ne saurait faire supprimer l'une au profit de l'autre, pour rendre ces conflits impossibles, au risque de

(1) DALL. *Rép.*, v^o. mar. n. 804.

compromettre l'unité de direction qu'a pour objet d'assurer la puissance maritale et alors surtout que le juge serait là pour mettre fin au désaccord. » (1) L'autorisation de justice aura donc à remplir ici son rôle habituel : elle interviendra au refus du mari ou lorsque celui-ci sera dans l'impossibilité de manifester sa volonté. C'est en faveur de cette solution que nous nous prononcerons parce qu'elle nous paraît, comme le dit Dalloz, en parfaite conformité « avec les principes qui régissent la société conjugale, avec les considérations qui ont déterminé le législateur à confier au mari la direction supérieure des intérêts matrimoniaux. » (2)

SECTION III

Absence.

Nous avons constaté dans l'ancien droit que l'absence avait été le premier cas d'application de l'autorisation supplétive et nous avons montré pour quelles raisons pratiques il était naturel qu'il en fût ainsi. Aujourd'hui encore l'article 222 du Code civil donne pouvoir au juge

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, n° 2288. Dans le même sens, DALL., *Rép.* v°. mar., n° 876.

(2) DALL., *loc. cit.* — Ainsi jugé implicitement par un arrêt de la Cour de Montpellier, en date du 14 déc. 1841. D 42 2, 192 décidant « que la nomination d'un conseil judiciaire ne porte aucune atteinte à l'autorité maritale et la laisse subsister dans toute sa force pendant le mariage. »

d'autoriser la femme de l'absent ; d'autre part, l'article 863 du Code de procédure civile (1) montre que les dispositions de l'article précité s'appliquent aussi bien en cas d'absence présumée que d'absence déclarée (2).

Mais si l'absence proprement dite, c'est-à-dire l'incertitude sur la vie ou la mort d'une personne, est devenue de plus en plus rare grâce à notre facilité actuelle de communications et de renseignements, il n'en est pas de même pour ce qu'on appelle juridiquement la non-présence. On se déplace de nos jours bien plus fréquemment, bien plus longuement, dans des pays bien plus lointains qu'on ne le faisait autrefois. Or, il est possible que la femme, ainsi éloignée de son mari, se trouve dans la nécessité de faire le plus rapidement possible un acte pour lequel l'autorisation maritale lui est nécessaire. Si l'on décide que, étant donné qu'il n'y a point ici une absence proprement dite, il faut appliquer les règles générales des articles 218 et 219 C. civ., 861 et 862 C. pr. civ., la réponse du mari parviendra souvent à la femme longtemps après le moment où elle en aurait eu besoin. Aussi une partie de la doctrine a-t-elle cru pouvoir faire rentrer dans le cadre de l'article 222 C. civ. les cas de simple non-présence et permettre ainsi à la femme de s'adresser directement au

(1) Art. 863. C. Pr. Civ. « Dans le cas de l'absence présumée du mari ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser, etc... »

(2) Cf. Bordeaux, 13 janvier 1869. D. 70. 2. 115.

juge (1). Indépendamment des puissantes raisons d'utilité pratique qu'elle invoque, cette théorie peut se prévaloir de la déclaration formelle de Tronchet qui a dit au Conseil d'État. « Il peut y avoir tellement urgence que la femme n'ait pas le temps de faire citer son mari s'il est au loin (2) » et de l'autorité de Pothier, qui nous indique cette solution comme admise dans l'ancien droit (3). On ajoute dans le même sens que la rédaction du Code civil n'est pas à cet égard d'une grande précision, que le terme d'absence y est pris tour à tour aussi bien pour désigner l'absence proprement dite que la simple non-présence et qu'enfin il n'y a lieu de craindre aucun affaiblissement de la puissance maritale, le juge ne devant statuer, d'après l'article 222 lui-même, qu'en connaissance de cause et refuser son autorisation aussitôt qu'il y aura abus de la part de la femme.

Cette théorie a été admise par un arrêt de la Cour d'Agen en date du 31 juillet 1806 (4) et, dans ces derniers temps, un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 17 février 1897 (5), a donné une solution identique : toutefois il s'est fondé presque exclusivement sur des raisons purement pratiques et la rédaction de ses motifs semble

(1) DEMOLOMBE, IV, n° 214 ; TOULLIER, II, n° 654 ; DURANTON, II, n° 506 ; BEUDANT, I, n° 333.

(2) Discours au Conseil d'État, LOCRÉ. Lég., IV, p. 399 et 400.

(3) POTHIER, *op. cit.*, n° 12 et *Introduction au titre X de la coutume d'Orléans*, n° 149.

(4) DALL., *Rép.*, v° mar., n° 870, n° 1.

(5) D. 98, 1, 197 et 198.

même quelque peu hésitante. « Attendu, y est-il dit, qu'en principe les dispositions des articles 861, 862 C. pr. civ., sont rigoureusement applicables à la femme dont le mari est certainement existant au moment où elle demande l'autorisation judiciaire. Mais, attendu qu'il est généralement admis que la femme, dont le mari est éloigné de son domicile, peut être dispensée des formalités ci-dessus dans certains cas urgents... où ces formalités ne pourraient être accomplies sans un grand dommage pour les intérêts de la femme, alors, du reste, que cette dernière ne peut être suspectée de vouloir échapper à l'autorité maritale. Attendu que dans ces différents cas (parmi lesquels rentre exactement le cas actuel) (1), on se borne à appliquer les dispositions de l'article 863 C. pr. civ.; qu'il en est de même si le mari est mineur, pourvu d'un conseil judiciaire, frappé d'aliénation mentale, d'interdiction légale, etc..., ce qui prouve que l'article 863 ne doit pas être appliqué dans un sens absolument restrictif. Attendu d'ailleurs que l'article 222, C. civ., dans lequel le mot absent est employé dans le sens le plus large, d'après les travaux préparatoires et d'après l'opinion générale, reconnaît au juge le droit d'habiliter la femme mariée dont le mari est simplement éloigné de son domicile en recommandant seulement de ne statuer qu'en connaissance de

(1) Il s'agissait dans l'espèce d'une femme qui, abandonnée par son mari et se trouvant dans un dénûment extrême, demandait l'autorisation d'intenter contre sa belle-mère une demande en pension alimentaire.

cause, c'est-à-dire après s'être entouré de tous renseignements, etc. (1).

Les auteurs récents ne sont pas convaincus par ces arguments et refusent à la femme dont le mari est non présent le bénéfice de l'article 222 (2). Ils se fondent surtout sur les termes mêmes de l'article 863 du Code de procédure civile qui ne vise évidemment que les cas de véritable absence et qu'ils considèrent, en tant que de besoin, comme une interprétation législative, conçue dans un sens restrictif, de l'article 222 du Code civil. D'autre part, ils n'ont qu'une confiance limitée dans la prudence et la sagacité des juges, et il est vrai que les habitudes des juridictions importantes, où le temps matériel manque pour examiner les affaires courantes et où bien des demandes tendent à devenir de simples formalités, paraissent justifier leurs craintes. La femme ne pourrait-elle pas, dans ces conditions, profiter d'un voyage un peu long du mari pour faire des actes importants et de nature à compromettre son patrimoine ? On a même été jusqu'à contester

(1) C'est supposer la question résolue. Notons d'ailleurs que l'arrêt fait grand cas d'une circonstance de fait extrêmement importante en la matière. « Attendu que, dans l'espèce actuelle, il y a d'autant plus lieu d'admettre le recours direct à la justice que, d'après une lettre adressée à M. le Procureur général par le mari... le refus dudit mari est certain, que ce refus ne repose sur aucun motif plausible. » C'était presque tomber sous l'application de l'art. 218, C. civ.

(2) AUBRY et RAU, V. par. 472, p. 146 ; LAURENT, III, n° 127 ; HUC, II, n° 269 ; FOUQUET, *Encyclopédie du droit*, v°. autor. de femme, n° 13 ; de MOLY : *Traité des absents*, n° 738 et suiv.

les raisons d'utilité pratique invoquées par la théorie adverse et à soutenir que l'argument tiré de l'éloignement du mari ne doit plus avoir une valeur prépondérante de nos jours, avec la rapidité sans cesse accrue des moyens de communication (1).

En ce sens nous citerons un arrêt de la Cour de Colmar, en date du 31 juillet 1810 et un arrêt de la Chambre des requêtes du 15 mars 1837 (2), qui ont décidé que la non-présence du mari ne dispensait nullement la femme de requérir son autorisation et de suivre les formalités du droit commun. Ajoutons enfin que cette solution nous paraît avoir reçu une sorte de consécration législative. Un décret de la délégation du gouvernement de la défense nationale, en date du 14 décembre 1870 (3), a permis aux femmes mariées, qui, par suite de la guerre, seraient dans l'impossibilité, dûment constatée, d'obtenir l'autorisation maritale, de se pourvoir de l'autorisation de justice, conformément aux dispositions de l'article 863 du Code de procédure civile. L'existence de ce décret implique évidemment que ses rédacteurs avaient la même opinion que nos auteurs modernes et jugeaient l'article 222 du Code civil inapplicable aux cas de simple non-présence.

(1) Cf. PLANIOL, *op. cit.* n° 293 qui admet que la femme peut s'adresser à la justice en cas de simple non-présence, mais ajoute « avec la facilité actuelle des communications à grande distance et la lenteur de nos procédures, la femme aura souvent plus vite fait de s'adresser à son mari qu'au tribunal ».

(2) DALL., *Rép.*, v° mar. n° 870, nos 2 et 3.

(3) D. 71. 4. 11.

SECTION IV

Minorité.

Malgré les progrès incessants du système juridique qui, sous l'influence des idées romaines et canoniques, considérait l'autorisation comme ayant uniquement pour but la protection de la femme, il restait encore dans l'ancien droit certaines traces nettement visibles de la théorie primitive. Notamment sur le point de savoir si l'autorisation du mari mineur devait être regardée comme suffisante, le vieux fonds coutumier et les tendances nouvelles s'étaient violemment heurtés mais le résultat avait été cette fois-ci à l'avantage des données anciennes : comme nous l'avons constaté précédemment, il était de doctrine courante au xviii^e siècle que le mari mineur autorisait valablement sa femme.

C'était envisager l'autorisation comme motivée par la seule puissance maritale : le Code civil qui, nous l'avons vu, a mis l'idée de protection à la base de son système sur les droits et les obligations de la femme, était naturellement entraîné, par la logique et par le désir de donner dans ce cas une solution en harmonie avec les tendances ambiantes, à adopter la théorie contraire (1). L'article 224

(1) PORTALIS, *Exposé des motifs* ; LOCRÉ, *Lég.*, IV, p. 524, n^o 68, déclare qu'il est impossible qu'un incapable puisse autoriser un autre incapable.

du Code civil est en effet ainsi conçu : « Sile mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. »

Une remarque paraît s'imposer de prime abord : c'est que les termes de l'article 224 sont trop absolus. Le mari mineur est en effet émancipé par le mariage (art. 476, C. civ.); il a donc en principe le droit de faire les actes d'administration et, dans cette limite, il conserve le droit d'autoriser sa femme, qui n'aura donc pas à s'adresser à la justice toutes les fois qu'il s'agira d'un acte permis à un mineur émancipé. Toutefois l'intérêt pratique de cette constatation est fort limité. Cela vient de ce que la capacité du mineur émancipé existe, comme nous l'avons dit, seulement pour les actes d'administration : or, si la femme est séparée de biens (1), elle pourra librement accomplir ces actes, sans avoir besoin d'aucune autorisation, et si, au contraire, elle n'est pas séparée, l'administration de ses biens appartiendra évidemment au mari. Le seul cas où l'on pourrait trouver une application pratique de la remarque que nous avons faite serait l'exercice d'une action mobilière par la femme : d'ailleurs il faudrait en outre qu'il y ait séparation de biens, car autrement ce serait le mari qui exercerait cette action.

C'est là l'unique hypothèse où le mari mineur pourra valablement autoriser sa femme : dans tous les autres cas,

(1) Il en serait d'ailleurs de même pour les biens paraphernaux sous le régime dotal.

la justice devra intervenir. A ce sujet, une question se pose, dont l'article 224 n'a rien dit : faudra-t-il entendre le mari en Chambre du Conseil ? C'est qu'en effet il ne s'ensuit pas, parce qu'on fait prédominer l'idée de protection, qu'il faille ne tenir aucun compte de la puissance maritale. Il semble au contraire rationnel et équitable que le juge, avant d'accorder l'autorisation à la femme, entende le mari, qui, malgré son jeune âge, sera peut-être à même de lui fournir d'utiles renseignements et de lui présenter de sages observations. Mais faut-il aller jusqu'à dire, avec Toullier : « comme le mari mineur a la puissance maritale sur la personne et sur les biens de sa femme, l'autorisation du juge n'a pour objet que de suppléer à l'incapacité qui résulte de sa minorité : ainsi le mari mineur doit être consulté (1) ? » En présence du silence de l'article 224, il nous semble fort difficile d'imposer au juge une semblable obligation, mais il nous paraît très sage que l'autorisation de justice vienne en quelque sorte se superposer à celle du mari et nous croyons que cette manière d'agir est tout-à-fait en harmonie avec l'esprit de la loi.

Le Code n'a rien dit du cas où la femme serait mineure, le mari étant majeur. La solution découle facilement du jeu normal des principes en la matière. Il est en effet de doctrine courante que le mari est de droit le curateur de sa femme (arg. art. 506 et 2.208, C. civ.). On aura donc à

(1) TOULLIER, I, n° 653.

combiner les règles de la puissance maritale avec celles de l'émancipation : l'époux interviendra tour-à-tour et suivant les besoins, comme curateur, pour assister la mineure émancipée, et comme mari, pour accorder son autorisation. Que s'il s'agit d'actes soumis à l'autorisation du conseil de famille ou à l'homologation du tribunal, il faudra évidemment remplir ces formalités, en plus de l'autorisation maritale.

En cas de refus du mari ou d'impossibilité de donner son autorisation, l'article 2208 du Code civil, nous indique, pour un cas tout spécial (1), que le tribunal devra nommer un curateur, dénommé à tort tuteur. En l'absence de tout autre texte, rien ne s'oppose à ce qu'on généralise la solution que nous donne l'article 2208 : la femme aura donc dans cette hypothèse à obtenir l'assistance de ce curateur *ad hoc* et l'autorisation de justice.

Reste encore le cas où le mari et la femme sont tous mineurs : la femme n'aura pas alors comme curateur son époux. L'article 2208 exige encore dans cette hypothèse la nomination d'un tuteur ou, pour parler plus correctement, d'un curateur *ad hoc*, d'où il semble résulter que la femme n'aura pas alors de curateur permanent et que, toutes les

(1) Il s'agit de la saisie des immeubles de la femme. Art. 2208. 3^o
« En cas de minorité du mari et de la femme, ou de minorité de la femme seule, si son mari majeur refuse de procéder avec elle, il est nommé par le tribunal un tuteur à la femme, contre lequel la poursuite est exercée ».

fois où cela sera nécessaire, on procédera à la nomination d'un curateur *ad hoc* : à tous autres points de vue il y aura évidemment lieu à application des mêmes règles que précédemment.

APPENDICE

SECTION I

Du cas où la femme sollicite de la justice l'autorisation de faire le commerce.

Il s'est produit depuis le Code civil des controverses particulièrement vives et qui n'ont fait que s'aggraver sur la question de savoir si la justice peut autoriser la femme mariée à faire le commerce, à contracter un engagement de théâtre, et, en s'élevant à un point de vue plus général, à embrasser une profession quelconque.

I. En pure théorie, à l'égard des principes moraux et sociaux, la question qui se pose est au fond la même dans toutes ces hypothèses et consiste à savoir si la femme doit être autorisée, contre la volonté de son mari, à entrer en quelque sorte dans la vie publique et à engager des rapports d'affaires avec des étrangers : elle est d'ailleurs fort discutable et chaque opinion a des partisans convaincus et des adversaires irréductibles. Faut-il dire avec Demolombe qu'il importe toujours au mari que la femme « n'acquière pas sans son consentement cette périlleuse qualité de com-

merçante qui affecte son patrimoine, qui l'expose à la faillite (1)... capacité d'ailleurs si étendue que Demante (Programme I, n° 224) a pu dire qu'elle soustrait sous certains rapports la femme à la puissance maritale » — ; avec Dalloz que « l'autorité maritale ne serait qu'un vain mot s'il pouvait être permis à la femme de vaquer habituellement, contre le gré de son mari, à des occupations de nature à la distraire, par leur continuité, de son devoir de mère et d'épouse » (2). Faut-il approuver Laurent quand il écrit : « Le mari peut avoir une répugnance invincible à voir sa femme sur les planches : comment admettre que le juge lui fasse violence ? Ce que nous disons du théâtre, nous l'appliquons à toute espèce de profession. C'est le mari qui est le chef de la famille, c'est lui qui doit subvenir aux besoins de la femme, c'est à lui et à lui seul à voir s'il lui convient que sa femme exerce telle ou telle profession pour vivre (3) » ou de Vaux s'écriant : « Et quand même il n'y aurait aucun motif pour le mari de refuser son autorisation, ne suffit-il pas, en définitive, que le chef du ménage réponde au désir de sa femme « cela ne me plaît

(1) DEMOLOMBE ajoute..., à la contrainte par corps (IV, n° 248,) car la femme commerçante y était alors exposée. « Or, disait TOULLIER, (tome XII, n° 259), ce n'est pas un petit désagrément pour un mari, qui n'est pas commerçant lui-même, de voir sa femme exposée à être mise pour dettes dans une prison, d'où l'honneur lui commanderait de la tirer, si un sentiment plus tendre ne le lui ordonnait pas. » Cet argument n'a évidemment plus aujourd'hui aucune valeur.

(2) DALLOZ, *Rép.* V° Commerçant n° 177.

(3) LAURENT, *Principes de Droit civil*, tome III, n° 135.

pas » pour que tous doivent s'incliner? La femme qui se marie a renoncé à disposer de son existence (1) ».

Si puissantes que soient ces raisons fréquemment invoquées, si respectables que soient ces motifs moraux, développés par de nombreux et éminents jurisconsultes (2), la doctrine est loin d'être unanime et certains auteurs concluent que « c'est dans le sens du droit pour le juge de suppléer dans tous les cas au consentement marital qu'il aurait fallu se prononcer, comme l'ont fait explicitement beaucoup de législations étrangères — qu'il eut suffi pour cet objet de s'élever au-dessus de préjugés qui peuvent priver la femme de tous moyens d'existence (3).

On a dit de même, à propos d'un engagement théâtral, que la théorie précédente conduirait « à refuser aux femmes l'accès à toute carrière.... Car le mari pourra, sous prétexte que le souci de sa dignité le lui commande ou même sans prétexte, lui interdire d'exposer des œuvres de sculpture ou de peinture, de publier des œuvres litté-

(1) DE VAUX : *le Contrat d'engagement dramatique* p. 100.

(2) En ce sens, en plus des auteurs précités : DEMANGEAT : *Traité de Droit commercial* I. p. 93; ALAUZET : *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, I. n° 301; BÉDARRIDE : *Des Commerçants*, art. 4 et 5, C. Com., n° 107; BESLAY : *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de commerce* : I, n° 304 et suiv.; HUG, *Commentaire théorique et pratique du Code civil* : II, n° 262; BEUDANT, I, n° 332; AUBRY et RAU, V. § 472 et suiv.; LYON-CAEN et RENAULT : *Traité de Droit commercial*, I, n° 250; GUILLEOUARD : *du Contrat de louage*, tome II, n° 702; LACAN et PAULMIER, *Législation des théâtres*, tome I, n° 258, etc.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, n° 2263.

raires, de faire représenter des pièces de théâtre, et même de passer des examens de droit, de médecine ou d'élève sage-femme... C'est l'asservissement complet de la femme mariée au bon vouloir du mari. Faire de lui le juge souverain de ce qui convient à la femme ou à la famille serait faire dépendre d'un faux point d'honneur ou de sa méchanceté le bien-être de la femme et des enfants (1) ».

Ces citations si contradictoires d'auteurs éminents nous permettent de saisir sur le vif les divergences essentielles et irréductibles qui les séparent au point de vue des principes moraux et sociaux. En présence de données théoriques si incertaines et si discutées, il était du devoir du législateur de nous faire connaître formellement son opinion. Peut-être ne l'a-t-il pas voulu : plus probablement il n'a point prévu l'immense intérêt pratique de la question et n'a même pas pensé à se prononcer, à une époque où le choix d'une profession par une femme mariée devait paraître chose impossible et purement hypothétique, exception faite pour le commerce.

Cependant, même pour la femme commerçante, nous n'avons qu'un texte insuffisamment précis, l'article 4 du Code de Commerce, ainsi conçu : « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ». Que l'on ait mis consentement au lieu d'autorisation, cela

(1) LANSAC : *L'engagement théâtral de la femme mariée*, Th. Paris, 1906, p. 19-20. En ce sens pour les engagements de théâtre, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : *Du contrat de louage*, II, n° 1227-1230 ; AUBRY et RAU, V. § 144.

s'explique facilement par ce fait que l'on voulait indiquer que, dans ce cas, l'acquiescement du mari pouvait être seulement tacite, qu'au lieu d'être autorisée dans la forme sacramentelle, comme il était exigé dans l'ancien droit, ou par écrit, comme cela se passe habituellement de nos jours, il suffisait à la femme, pour exercer régulièrement le commerce, de le faire au vu et au su de son mari. Mais, malgré cette différence de forme, c'est toujours de l'autorisation du mari qu'il s'agit et l'article 4 C. Comparait, par son silence même, exclure tout recours à la justice. On a vainement objecté que, justement à cause de ce silence, on devait se référer aux principes de droit commun du Code civil, lequel organise d'une manière générale le rôle supplétif de la justice, car tous les articles du Code en matière d'habilitation de justice n'ont en vue qu'un acte isolé à passer, une instance à suivre : aucun n'a prévu pour le juge le droit d'autoriser la femme à faire une série d'actes illimitée (1). Qu'il s'agisse pour la femme de faire par hasard un acte de commerce, la justice sera parfaitement compétente pour l'autoriser dans les termes du droit commun, mais qu'il s'agisse de l'habiliter à embrasser la profession de commerçante, elle devient absolument incompétente. En effet le mari lui-même est en principe dans l'impossibilité de donner à sa femme une autorisation générale ou du moins cette autorisation générale ne vaudra que pour l'administration (art. 223, C. Civ.); comment

(1) Cpr. Huc. *op. cit.*, n° 262.

admettre que la justice ait ici un pouvoir supérieur au pouvoir normal du mari ? Sans doute l'article 4 C. Com. apporte à cette règle une exception formelle, mais justement en vertu de l'adage : *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*, nous devons lui donner le sens le plus restreint possible. D'ailleurs s'il est relativement aisé pour le magistrat de prévoir et de peser les conséquences d'un acte isolé, judiciaire ou extrajudiciaire, combien au contraire il lui sera pratiquement difficile de connaître si la femme a les aptitudes si diverses et si nombreuses qui sont indispensables à une bonne commerçante (1).

Un argument de texte peut être tiré, en faveur de la même théorie, des articles 5, C. com., 220 et 1426, C. civ., décidant que, sous la communauté, les engagements de la femme commerçante obligent les biens communs : or, les articles 1419 et 1426 C. civ., ne disposent-ils pas expressément que la femme habilitée de justice ne peut engager la communauté ? Certains auteurs de droit commercial (2) reconnaissent bien dans ce cas la justesse de notre solution, ainsi que sous les régimes sans communauté ou dotal sans paraphernaux. Mais ils prétendent

(1) On a dit, dans le même sens, que le mari pourrait rendre vaine l'autorisation du tribunal, en déplaçant son domicile et en obligeant sa femme à le suivre (LAURENT, III, n° 135). C'est, nous semble-t-il, sortir de la question, car il y aurait dans ce cas abus de la puissance maritale et par suite droit pour la femme de demander le divorce.

(2) BOISTEL : *Droit commercial*, n° 95 ; THALLER, *Droit commercial*, n° 160 et suiv.

que, si la femme était séparée de biens ou mariée sous le régime dotal avec paraphernaux, les droits du mari n'étant pas atteints et les intérêts des tiers se trouvant suffisamment garantis par leur droit de poursuivre la pleine propriété des biens de l'épouse, le droit commun devrait reprendre son empire et la justice pouvoir habiliter la femme à faire le commerce. Que ce soit là la solution future désirable en pratique, c'est possible, mais, dans l'état actuel des choses, cette théorie, qui se base exclusivement sur des considérations d'ordre pécuniaire, nous semble condamnée par ce seul fait qu'elle ne tient aucun compte de la nécessité de sauvegarder, dans toutes les hypothèses et sous tous les régimes, les intérêts moraux de la famille et l'unité de direction qui doit régner dans le ménage.

Abstraction faite de cette opinion à peu près isolée, les jurisconsultes admettent couramment, pour toutes les raisons de droit que nous avons précédemment développées, que le silence de l'art. 4, C. com., a été intentionnel et que la prohibition implicite qui y est contenue doit être respectée. Cette solution semble d'ailleurs confirmée par les travaux préparatoires, à vrai dire un peu confus à ce sujet, où l'on voit que Regnault de Saint-Jean-d'Angély avait déposé un projet d'après lequel la femme ne pouvait faire le commerce que si le mari y avait donné son consentement exprès ou tacite, et résultant de faits apparents. S'il ne reste point de traces dans le Code de cette proposition, c'est uniquement parce qu'on a voulu laisser au

juge la liberté la plus étendue pour admettre l'existence, en fait, de l'approbation maritale (1).

Mais, en l'absence de toute indication juridique, que décider pour les autres professions ? Il nous semble logiquement impossible de donner une autre solution que précédemment, car, indépendamment même de tout argument de texte, il nous suffit pour la justifier d'invoquer les principes moraux que nous avons développés (2). Quelques auteurs sont bien arrivés aux mêmes conclusions, mais à l'aide d'une théorie spéciale, consistant à distinguer les actes ayant un intérêt pécuniaire, où le mari agirait comme *auctor* et serait soumis au contrôle de la justice, des actes n'intéressant pas le patrimoine, pour lesquels il interviendrait simplement comme chef d'une famille dont la direction morale lui appartient (3). Un semblable système nous paraît devoir être rejeté par ce seul fait que la distinction sur laquelle il repose est contraire à la réalité des choses, tout acte de la femme ayant, à la fois et dans toutes les hypothèses, des conséquences morales et des effets pécuniaires.

II. Reste le cas fréquent, et d'ailleurs le plus intéressant en pratique, où le mari est frappé d'une impossibilité physique ou d'une incapacité légale de manifester sa

(1) Cf. *Discours au Conseil d'État*, Loqué, Leg. XVII, p. 132, s., p. 151, s. et p. 158, s.

(2) Cf. en ce sens BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, p. 756.

(3) HUC, II, n° 263, DELALANDE : *Revue pratique*, 1878, XLV, p. 192.

volonté. Toutes les raisons morales, que nous avons invoquées pour ne pas porter atteinte à l'autorité maritale, sont maintenant hors de propos : or il ne faut pas oublier qu'elles avaient eu une influence, prépondérante en matière de commerce, exclusive à l'égard des autres carrières, pour motiver les décisions que nous avons adoptées.

Il ne s'agit plus de contrecarrer la volonté formelle du mari, d'intervenir à sa place et malgré lui dans la conduite du ménage, mais de donner à la femme une faculté qui peut lui être précieuse, en assurant à la famille comme à elle-même des ressources indispensables. Qui nous dit que le mari, s'il le pouvait, n'accorderait pas bien volontiers son consentement ? Dès lors n'y a-t-il pas lieu de reconnaître à la justice les pouvoirs qu'il est lui-même hors d'état d'exercer ? D'ailleurs, à supposer qu'on rejette cette théorie, il y aurait pour la femme impossibilité absolue de se faire relever d'une incapacité qui a été établie surtout en sa faveur : ce serait la placer dans une situation déplorable et irrémédiablement sans issue. Enfin les arguments de texte que nous avons précédemment exposés n'ont par eux-mêmes qu'une valeur extrêmement restreinte : sans doute l'article 222 du Code civil, n'a en vue que des actes isolés et l'article 223 du Code civil prohibe bien toute autorisation générale, mais n'est-il pas de toute évidence que, lorsqu'il les a rédigés, le législateur n'avait nullement prévu l'hypothèse que nous étudions ? Aussi certains jurisconsultes ont-ils admis dans ces hypothèses l'intervention de la justice et nous croyons qu'ils ont ainsi sauvegardé

les intérêts bien entendus de la femme et de la famille (1). Tout au plus souhaiterons-nous que le juge fasse ici preuve d'une prudence toute spéciale, car il aura rarement en main les éléments nécessaires pour apprécier les aptitudes professionnelles de la femme. Il convient d'ailleurs de remarquer que cette solution ne présentera un réel intérêt qu'au cas de séparation de biens ou de régime dotal avec paraphernaux, la femme commune ne pouvant engager, même avec l'autorisation de justice, que la nue propriété de ses propres, ce qui est pratiquement illusoire.

III. L'étude de la jurisprudence présente en la matière un intérêt tout particulier. Les auteurs sont souvent tentés d'interpréter strictement la loi et de donner la préférence aux solutions purement logiques et déductives, quand bien même elles présenteraient en pratique d'incontestables dangers. Il faut plutôt craindre pour la jurisprudence l'excès contraire : ayant à résoudre tous les jours les cas les plus divers et les plus dignes d'intérêt, elle se laisse beaucoup moins influencer par des considérations théoriques et abstraites et fait tous ses efforts pour donner satisfaction, dans toute la mesure du possible, aux nécessités de la vie quotidienne.

Toutefois les raisons invoquées par la doctrine domi-

(1) DURANTON, II, n° 478 ; DALL, *Rép.* V° Commerçant, n° 177 et Suppl. eod-verbo, n° 87 ; BOISTEL, n° 95 ; DEMANTE I, n° 305 *bis* ; *Contra* BESLAY, n° 313 ; BRAVARD et DEMANGEAT, I, p. 96 ; Cpr, DEMOLOMBE et BAUDRY — LACANTINIERIE et HOUQUES-FOURCADE *loc. cit.*, qui repoussent cette théorie comme arbitraire.

nante sont tellement puissantes que nombre de tribunaux n'ont point osé passer outre au cas de refus du mari présent et capable. C'est ainsi que par jugements en date du 16 janvier et du 13 mars 1869 (1), le tribunal de Lyon décide, faisant un bon résumé de tous les arguments produits en la cause : « Attendu que si, aux termes des articles 217 et 218 C. Nap., la justice peut à défaut et sur le refus du mari, autoriser la femme à ester en justice et à contracter, et, si elle peut, par suite, l'autoriser à faire un acte de commerce déterminé, aucun texte ne permet au juge de conférer à la femme, même séparée de biens, l'autorisation générale de faire le commerce ; que l'article 4 C. com., exige le consentement du mari sans dire qu'il pourra être suppléé par l'autorisation du tribunal ; que cette différence est commandée par les motifs les plus sérieux ; que, lorsqu'il s'agit d'un acte déterminé dont les conséquences peuvent être prévues et appréciées, l'on conçoit que le juge, statuant en pleine connaissance de cause, supplée l'autorisation du mari. Mais qu'il doit en être autrement de l'autorisation de faire le commerce, c'est-à-dire de se livrer à des opérations qui ne peuvent être limitées ; que le juge ignore le degré d'aptitude, de circonspection que la femme y apporterait, conditions sans lesquelles l'honorabilité du nom et l'avenir des enfants peuvent être si aisément compromis ; que les inconvénients d'une telle autorisation seraient plus graves

(1) D. 69, 3, 29 et 30.

encore que ne peuvent être ceux qu'occasionnera parfois le refus d'un mari, inintelligent ou passionné. Dit n'y avoir lieu de conférer à la dame N... une autorisation de faire le commerce qu'il appartient au mari seul de concéder ou de refuser ». De même un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 2 mars 1887 (1), se fondant sur ce « que parmi les contrats et les actes extrajudiciaires énoncés en l'article 217 du Code civil, que la femme mariée non séparée est incapable de faire valablement sans autorisation de justice, à défaut de l'aveu ou du consentement marital, ne se trouve pas mentionné le choix d'une carrière ou d'une profession libre », dispose de la manière la plus générale que le mari doit avoir le droit exclusif de permettre ou de refuser à sa femme l'exercice d'une profession (2).

Mais bien des fois les situations que la jurisprudence avait à solutionner lui ont paru si dignes d'intérêt qu'elle a cru pouvoir et devoir mettre la femme, en l'autorisant, dans la possibilité de gagner sa vie et d'élever ses enfants.

(1) S. 87, 2, 417 et DALL. *Suppl.* V^e mar., n^o 495. Il s'agissait dans l'espèce de subir l'examen d'élève sage-femme devant la Faculté de Médecine de Paris.

(2) Même de nos jours, les mœurs ne sont pas si opposées qu'on pourrait le croire à cette omnipotence maritale. Il est intéressant de rappeler à ce sujet que la conférence de l'Ordre des Avocats à la Cour d'appel de Paris ayant eu, dans sa séance du 15 février 1908, à se prononcer sur la question de savoir si « la femme, à qui son mari refuse l'autorisation d'exercer la profession d'avocat, peut s'y faire habilitier par justice », admit en grande majorité la négative, après plaidoirie en ce sens de M^{lle} Miropolsky.

Toutefois une remarque doit nous arrêter dès le premier abord : c'est seulement dans certaines hypothèses, en considération de circonstances de fait particulièrement pressantes, que la jurisprudence nous a donné de semblables décisions. Dans les espèces que nous pouvons relever, il s'agit toujours en effet, soit de femmes séparées de corps ou de biens, soit de maris dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Nous avons déjà fait connaître tous les arguments de pratique qui militent dans la seconde série de cas en faveur de la solution jurisprudentielle : quant aux hypothèses de séparation de corps ou de biens, elles sont évidemment fort dignes d'un intérêt tout particulier. En effet, il y aura alors entre les époux une hostilité plus ou moins déguisée qui poussera souvent le mari à abuser de son autorité d'une manière injustifiable, uniquement pour causer des ennuis à sa femme. C'est contre ces abus que la jurisprudence a voulu s'élever ; toutefois il convient de noter que la réforme la plus urgente a été faite par la loi du 6 février 1893 qui a rendu à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile, ce qui implique pour elle le droit de choisir telle profession qu'il lui plaira d'embrasser : déjà d'ailleurs, depuis 1884, le divorce, remplaçant en maintes occasions la séparation de corps, avait donné à la femme une semblable liberté.

Seuls donc les jugements statuant sur des séparations de biens peuvent, de nos jours, nous intéresser directement : néanmoins nous signalerons pour mémoire les espèces de

séparation de corps. On peut notamment citer à cet égard un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1839 (1) dont les motifs admettent comme très légitime qu'un jugement de séparation de corps ait autorisé la femme à faire le commerce et un arrêt de la Cour de Grenoble en date du 27 janvier 1863 qui dispose de manière beaucoup plus formelle. « Attendu que l'article 4 C. Com.... n'a pu vouloir créer une exception au droit commun ; que le législateur l'aurait exprimée s'il l'avait voulu et qu'aucun motif n'existe de refuser à la femme, séparée de corps et de biens, qui veut faire des actes de commerce, le recours aux tribunaux qui la protègent contre un refus intéressé ou capricieux du mari. » (2)

Avec un arrêt de la Cour de Paris en date du 24 octobre 1844, (3) nous abordons la série des jugements statuant sur de simples séparations de biens. Cet arrêt constate sans doute soigneusement « que les époux sont séparés de biens et que sous ce point de vue aucun préjudice ne

(1) D. 60, 1, 87 et 88 : il s'agit ici d'un arrêt de rejet sur pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rouen du 3 décembre 1838 dont les motifs étaient identiquement conçus.

(2) D. 63, 5, 38, confirmant un jugement du tribunal de Vienne en date du 3 juillet 1862. — Un autre motif de l'arrêt « attendu que les dispositions tutélaires, écrites au titre de mariage dans l'art. 219 et qu'on ne saurait restreindre à un acte isolé, embrassent tous les actes que la femme peut faire dans la libre administration de ses biens et par suite l'ensemble des actes que comporte le droit de se livrer à un commerce » — nous semble absolument inadmissible comme interprétation juridique.

(3) DALL, *Rep.* V^o Commerçant n^o 177.

peut résulter pour le mari des conséquences que pourraient avoir les opérations auxquelles la femme pourrait se livrer » mais il s'exprime dans ses motifs de la manière la plus générale en déclarant « que si, aux termes de l'article 4, C. Com., la femme mariée ne peut faire le commerce qu'avec l'autorisation de son mari, il n'en est pas moins vrai qu'elle peut y être autorisée par justice en cas d'impossibilité de celui-ci de l'accorder ou en cas de refus reposant sur d'injustes motifs. » Quelque temps après la Cour de Caen (1) alla même jusqu'à décider que le jugement de séparation de biens avait pour effet, de plein droit, d'autoriser la femme à faire un commerce distinct et séparé de celui de son mari. Mais cette opinion est restée isolée car, à ceux mêmes qui admettent l'intervention de justice en cette matière, il a paru impossible d'adopter une théorie aussi audacieuse, qui ne repose sur aucune base juridique et qui aurait conduit à soustraire complètement la femme séparée de biens à l'autorité maritale, sans que le mari ait seulement été mis en demeure de se prononcer. (2) Les tribunaux se contentent donc habituellement de décider que la femme peut être autorisée à faire le commerce par le jugement qui prononce sa séparation de biens, mais que cette autorisation doit faire l'objet d'une disposition spéciale. (3). C'est notamment ce qu'ont

(1) Caen, 4 déc. 1844, D. 45, 4, 470.

(2) Cf. la note rapportée sous un arrêt de Cassation du 17 janvier 1881. D. 81, 1, 225.

(3) Cass. 17 janv, 1884, précité.

décidé un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne, du 16 janvier 1880 (1), et un arrêt de la Cour de Paris, en date du 7 juillet 1860, (2) ce dernier infirmant un jugement du tribunal de commerce de la Seine qui refusait toute autorisation à la femme (3).

Y a-t-il lieu de craindre qu'une semblable jurisprudence ne soit prise d'un désir exagéré de toujours solutionner ces litiges en faveur de la femme et ne porte ainsi un préjudice parfois irrémédiable à la puissance maritale? C'est ce que beaucoup d'auteurs ont paru redouter, mais un arrêt fort intéressant de la Cour de Paris, en date du 3 janvier 1868, (4) tendrait à prouver que leurs craintes sont vaines. Il s'agissait dans l'espèce d'une femme séparée de corps à laquelle son mari avait refusé l'autorisation de contracter un engagement théâtral. Cet arrêt est rendu particulièrement digne d'attention par le contraste absolu qui se manifeste entre les principes théoriques qu'il développe et les dispositions de fait adoptées par lui. Il commence par se prononcer, en droit pur, de la manière

(1) D. 84, 4, 225.

(2) *Gazette des Tribunaux* du 20 juillet 1860.

(3) Cpr. Lyon, 28 juin 1866, D. 66, 2, 224 dont un des motifs « attendu qu'en thèse générale l'autorisation de faire le commerce donnée par le mari ou par la justice à la femme n'habilite pas cette dernière à contracter une société de commerce. » suppose que l'autorisation de justice peut intervenir en la matière.

(4) D. 68, 2, 28 et 29 réformant au fond un jugement du tribunal de la Seine, en date du 9 octobre 1867, de motifs identiques mais accordant l'autorisation.

la plus formelle. « Considérant, y est-il dit, que l'appelant soutient qu'il est certains actes, notamment un engagement théâtral souscrit par une femme, pour lesquels l'autorisation de son mari ne peut être remplacée par celle de la justice. Considérant que la disposition de l'article 219 Code Nap. est générale, qu'elle n'admet point d'exception et ne pouvait en admettre; qu'il était en effet impossible de reconnaître au mari le droit absolu d'empêcher sa femme d'exercer honnêtement une profession qui serait son unique ressource ». Ensuite l'arrêt s'engage dans une longue et motivée appréciation des avantages et des inconvénients que peut présenter un engagement de théâtre pour la femme. « Considérant que, si la carrière théâtrale peut être dignement suivie, on ne peut se dissimuler qu'elle présente bien des dangers pour une jeune femme, et qu'elle appelle sur ses fautes et même sur ses imprudences une publicité et un éclat tout particuliers — qu'il est du devoir du mari comme du père de famille d'examiner avec soin s'il convient de laisser sa femme ou sa fille s'engager dans une telle voie. Considérant que, dans les circonstances où il se trouve placé, l'appelant a bien apprécié ce qu'exigeait le soin de sa dignité et l'intérêt bien entendu de sa famille et de sa femme, en refusant d'autoriser celle-ci à contracter un engagement au théâtre. — Au fond, met à néant le jugement dont est appel, etc. » La jurisprudence nous paraît ici avoir fait preuve d'une sagacité tout à son éloge, mais du jour où de pareilles demandes deviendraient fréquentes, n'y aurait-il pas

lieu de craindre pour elles ce qui s'est déjà produit, au moins dans certaines juridictions importantes, pour les instances en divorce (1), c'est-à-dire que les juges ne se prononcent à peu près au hasard et sans aucun examen quelque peu sérieux de la question ?

IV. Avant de terminer l'étude de ce sujet, nous croyons utile de nous arrêter un instant à une théorie fort curieuse au point de vue juridique. Poussés par de pressantes raisons d'utilité pratique, quelques auteurs, tout en respectant le principe que la justice ne doit pas aller en notre matière à l'encontre du refus marital, ont admis que la femme abandonnée par son mari pouvait être considérée comme capable de faire le commerce et, d'une manière plus générale, d'embrasser une profession quelconque, avec pouvoir de faire valablement tous les actes nécessités par son exercice. Le mari, disent-ils, a dû comprendre en abandonnant sa femme et ses enfants, qu'il faudrait pourtant bien que ces abandonnés trouvent moyen de vivre : il a donc donné implicitement à sa femme l'autorisation tacite de s'obliger, et plus largement d'embrasser toute profession qui pourrait lui être utile pour s'assurer

(1) A Paris, l'encombrement des affaires est tel que le divorce tend à devenir une formalité. On s'étonnait, en décembre 1898, d'avoir vu le tribunal de la Seine prononcer 98 divorces en une seule audience : depuis lors ce chiffre a été de beaucoup dépassé : on en atteint 270 en un jour... Comment les magistrats arrivent-ils à se rendre compte des affaires qu'ils jugent ainsi par paquets ? PLANIOL, *op. cit.* III, p. 160.

des ressources indispensables (1). La jurisprudence est aussi entrée dans cette voie, notamment en considérant la femme séparée de fait comme autorisée tacitement à louer un appartement (2); en déclarant que, devenue professeur de chant avec l'autorisation tacite de son mari, elle s'oblige valablement dans les limites de sa profession (3), enfin en la jugeant capable de contracter un engagement théâtral (4) ou un louage de services dans une maison de commerce (5). A notre avis, de semblables solutions sont absolument contraires aux principes de notre droit. D'une part il n'y a que la profession de commerçante que la femme puisse exercer valablement avec le simple consentement tacite de son mari, indépendamment de toute autorisation spéciale, et d'autre part la femme abandonnée a un moyen bien simple de recouvrer sa pleine capacité civile en demandant le divorce. Il a en effet été jugé à maintes reprises que l'abandon volontaire de l'un des époux par l'autre constituait une injure grave motivant l'obtention du divorce (6).

(1) Cf, GUILLOUARD, *loc. cit.*

(2) Paris, 23 février 1849, P. 49, 2, 54 et Paris 9 juin 1857, P. 57, 2, 827.

(3) Paris, 3 juillet 1857, S. 59, 2, 193.

(4) Paris, 23 août 1851. D. 52, 2, 10.

(5) Rouen, 4 février 1878. D. 78, 2, 258 et Cass. 6 août 1878, D. 79. 1, 400.

(6) Cass. 6 février 1860. D. 60, 1, 122. Amiens, 30 nov. 1887. D. 90, 5, 158. Paris, 18 avril 1888. D. 90, 5, 101. Paris, 13 février 1895. D. 95, 2, 296, etc.

V. On s'est demandé si, dans le cas où un mari ayant autorisé sa femme à faire le commerce reviendrait ensuite sur sa décision, le juge pourrait maintenir à la femme cette permission, soit pendant la durée et pour les besoins de sa liquidation, soit même d'une façon indéfinie dans l'avenir. L'affirmative ne peut évidemment faire aucun doute dans la doctrine qui admet la possibilité pour le juge d'autoriser la femme à faire le commerce. Mais il a paru tellement funeste « que le mari pût retirer brusquement son autorisation, dans le moment peut-être le plus inopportun, au risque d'exposer sa femme à des pertes considérables ou même à lui faire manquer le succès d'opérations heureusement commencées (1) » que cette solution a été reçue même par certains auteurs suivant lesquels l'autorisation de faire le commerce ne peut émaner que du mari (2). Sans doute les travaux préparatoires constatent que Regnaud avait proposé devant le Conseil d'État une addition ainsi conçue. « Le mari peut en tout temps faire cesser le commerce de sa femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux pour se faire autoriser s'il y a lieu à le continuer (3). » Mais il n'en reste pas moins vrai que les deux situations ne comportent, par la force même des choses, qu'une seule et même solution : ou bien le mari peut seul autoriser sa femme à faire le commerce et

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 323.

(2) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 324; AUBRY et RAU *loc. cit.*, p. 158; LYON-CAEN et RENAULT, I, n° 251.

(3) LOCRÉ, *Leg. Civ.*, tome XVII, p. 157.

peut librement révoquer son autorisation quand il lui plaira, ou bien le juge est compétent pour autoriser la femme à entreprendre un commerce et il le sera alors au même chef quand il s'agira de lui permettre de continuer dans cette voie (1).

VI. Restent à examiner quelques situations particulières : il peut arriver que le mari ou la femme, ou tous deux, soient mineurs. Prenons d'abord l'hypothèse où le mari est mineur, la femme étant majeure.

Une première théorie nous paraît facile à réfuter. Certains auteurs prétendent faire ici application de l'article 2 du Code de commerce : d'après eux, ce seraient les parents du mari qui, pouvant lui donner la capacité de faire le commerce, pourraient aussi, par une autorisation plus large, le rendre habile à autoriser sa femme dans cette hypothèse (2). Nous nous bornerons à constater qu'il y a là une confusion inexplicable entre la puissance paternelle et la puissance maritale et que la seule lecture de l'article précité suffit amplement à démontrer qu'il n'a jamais prévu que l'autorisation à donner au mineur lui même, et nullement celle à donner à la femme de ce mineur.

Il nous paraîtrait plus logique d'admettre que la femme ne peut être relevée de son incapacité jusqu'à la majorité de son mari (3), d'autant plus qu'il ne pourra évidemment

(1) Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n° 2338.

(2) VAZEILLE, II, n° 331; DALL., v° Com., n° 175 et suppl., *eod. verbo*, n° 84.

(3) ALAUZET, I, n° 299; NOUGUIER, *Tribunal de commerce*, I, n° 262.

s'agir que d'un temps très court. En effet, il est hors de doute que le mari mineur, incapable de faire lui-même le commerce, du moins sans une autorisation spéciale de ses parents, ne peut communiquer à sa femme, même majeure, une capacité qu'il n'a pas. D'autre part, prétend-on, il ne peut y avoir lieu à intervention de justice, puisque l'article 224, C. Civ. ne permet au juge d'autoriser la femme que pour ester en jugement et pour contracter, et qu'il est impossible de faire rentrer dans ce cadre les faits multiples et dangereux que comporte la profession de commerçant. Quant à nous, cet argument de texte ne nous paraît pas convaincant parce qu'il est évident que le cas que nous envisageons est resté entièrement en dehors des prévisions du législateur. Nous inclinons donc à penser, avec la doctrine dominante, que la femme du mineur sera valablement habilitée par justice, d'autant plus que le juge n'aura même pas à suppléer, mais seulement à compléter en quelque sorte la volonté du mari, dont sa minorité n'empêche pas la manifestation (1).

Que décider dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire quand le mari est majeur et la femme mineure de 18 ans. Rien de plus simple, nous semble-t-il, que cette situation. La femme est ici atteinte d'une double incapacité, l'une résultant de l'état de mariage et prévue par l'art. 4 du code de commerce, l'autre produite par sa minorité et tombant

(1) DURANTON, II, n° 478; BESLAY, n° 317; BOISTEL, n° 97; LYON-CAEN et RENAUT, I, n° 247.

sous le coup de l'art. 2 du même code. Aussi les auteurs sont-ils à peu près unanimes à décider que chacune de ces incapacités doit être guérie par son remède propre et, en conséquence, que la femme doit obtenir d'une part le consentement de son mari, et d'autre part l'autorisation de son père, de sa mère ou de son Conseil de famille, avec homologation du tribunal, suivant les différentes circonstances envisagées par l'art. 2. C. Com. (1).

Quant à la jurisprudence, elle est indécise sur la question. Certains arrêts suivent l'opinion de la doctrine ; en ce sens nous citerons deux arrêts, de la Cour de Toulouse, en date du 26 mai 1821 (2), et de la Cour de Paris, en date du 20 février 1872 (3). Au contraire, la Cour de Grenoble, par arrêt du 17 février 1826 (4) et la Cour de Cassation (5) ont jugé que la femme mineure est valablement habilitée à faire le commerce par le seul consentement de son mari.

Il peut enfin arriver que les deux époux soient mineurs. Ici encore la solution nous semble s'imposer : il suffira de

(1) LYON-CAEN et RENAULT, I, n° 246 ; DURANTON, II, n° 476 ; ALAUZET, I, n° 295 ; DEMOLOMBE, IV, n° 249 ; BEUDANT, I, n° 332 ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, p. 729. — *Contra*, FUZIER-HERMAN, art. 220, n° 7 et suiv.

(2) DALL., *Rép.*, v° Com., n° 173.

(3) *Journal des tribunaux de commerce*, 1872, p. 259. — *Adde* : Tribunal de commerce de la Seine, 2 mars 1887. *Le Droit*, 18 mars 1887. — Cpr. Cour de Poitiers, 5 mai 1880, D. 80, 2, 252.

(4) DALL., *Rép.*, v° Com., n° 173.

(5) Cass., 3 août 1859, D. 59, 1, 419. Cpr., Paris, 23 avril 1861, D. 61, 5, 83.

faire une application distributive des dispositions des art. 2, C. Com. et 224 C. Civ. (1), au moins dans la théorie que nous avons adoptée. La femme devra donc obtenir l'autorisation de justice (2) et le consentement de ses parents.

SECTION II

Du cas où la femme contracte avec son mari ou avec un tiers dans l'intérêt de son mari.

Il nous reste maintenant à examiner une question fort controversée et de la plus haute importance : celle de savoir si l'autorisation du mari est suffisante pour habilitier la femme à contracter avec lui ou dans son intérêt avec un tiers, ou bien s'il n'y a pas lieu d'exiger dans ces hypothèses l'autorisation de justice (3).

Un premier système exige l'habilitation de justice en se fondant sur la maxime traditionnelle « *nemo potest esse auctor in rem suam* (4). » qui s'oppose absolument, dit-on,

(1) LYON-CAEN et RENAULT, I, 248.

(2) DALL., *Rép.*, v° Com., n° 173 et Suppl., *cod. verbo*, n° 84 y substitue naturellement, suivant sa théorie, le consentement des parents du mari.

(3) Cette question se pose quel que soit le parti que l'on prenne sur une autre question, très controversée également : celle de savoir si les contrats entre époux sont permis, car, dans toutes les opinions, il y en a au moins quelques-uns de possibles.

(4) JUSTINIEN, *Instit.*, I, XXI, *De auctor. tutor.*, § 3.

à ce que le mari puisse autoriser sa femme pour un acte où il est directement ou indirectement intéressé (1). Il paraît en effet inadmissible que l'on puisse être à la fois juge et partie ; or, on est juge quand on autorise et partie quand on traite (2).

Mais il est facile de constater que la règle précitée n'a jamais concerné que la tutelle et les institutions similaires, et que, dans notre ancien droit, elle n'a jamais été appliquée aux époux. Si l'on met de côté l'opinion isolée de Guy Coquille qui, après avoir enseigné « que si la femme voulait disposer au profit de son mari, elle pourrait, en cette coutume (3), le faire et ne se dira que le mari ait été auteur *in rem suam* » reconnaît que d'autres « allèguent que le plus sûr est d'y employer le juge, qui prêterait autorité », le seul point qui fit difficulté était de savoir s'il fallait en ce cas, comme habituellement à cette époque, une autorisation solennelle, ou si le concours du mari dans l'acte pouvait être considéré comme suffisant, auquel cas on disait qu'il n'y avait point autorisation (4). L'opinion dominante, représentée par Ricard (5) et Le Brun (6), se prononçait pour la seconde solution, c'est-à-dire pour

(1) VAZEILLE, II, n° 354; FOUQUET. *Encyclopédie du droit*, v° Autor. de femme, n° 24; DURANTON, II, n° 473.

(2) Cf. PORTALIS. Exposé des motifs du titre de la vente.

(3) GUY COQUILLE. Coutume du Nivernais, *Droit des gens mariés*, art. 1.

(4) Cf. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 236.

(5) RICARD, *Traité du don mutuel*, n° 60 et suiv.

(6) LE BRUN, *op. cit.*, liv. II, chap. I, sect. 3, n° 39.

l'autorisation tacite, tandis que la première était admise par Pothier, en ces termes : « Si un tuteur ne peut pas être *auctor in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser son mineur pour les contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur, ce qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du mari, qui n'intervient pas pour veiller aux intérêts de la femme, qui est capable d'y veiller elle-même, mais pour habiliter sa femme à contracter ; or il peut également l'habiliter pour un contrat qui intervient entre lui et sa femme, comme pour des contrats que sa femme fait avec des tiers ; c'est pourquoi... il est plus sûr que le mari autorise sa femme dans les contrats qui interviennent entre lui et elle. » (1)

La règle « *nemo potest...* » n'étant donc nullement pertinente ni concluante en la matière, un autre argument a été présenté par les mêmes jurisconsultes. Il consiste à prendre acte des dispositions de certains articles du Code qui exigent formellement l'autorisation de justice pour des actes où le mari est intéressé et à décider que, par voie d'analogie, il doit en être de même dans toutes les hypothèses similaires. C'est ainsi qu'on a voulu invoquer à l'appui de cette idée l'article 2144, C. Civ., qui donne au tribunal le pouvoir de statuer sur la demande en réduction de l'hypothèque légale grevant les biens du mari, et

(1) POTHIER, *Puissance du mari*, n° 42.

l'article 1427, C. Civ., lequel oblige la femme qui veut s'engager pour tirer son mari de prison à se munir de l'autorisation de justice. Mais, pour l'article 2144, C. Civ., il est aisé de se rendre compte qu'il n'y a nullement là une véritable question d'autorisation et que le seul but de la loi a été d'empêcher la femme de se dépouiller trop facilement d'une garantie particulièrement efficace. Quant à l'article 1427 C. Civ., il est évident qu'il a un tout autre motif que celui qu'on lui prête, et c'est ce qu'a fort bien exprimé la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 novembre 1814, en disant que si l'on confère « cet article avec celui qui le précède immédiatement, et qui dispose que la femme, non marchande publique, ne peut engager les biens de la communauté, lorsqu'elle ne contracte qu'avec l'autorisation de justice, on voit que son objet est de dire, par exception à cette règle, qu'avec la seule autorisation de la justice, la femme peut valablement engager les biens de la communauté pour tirer son mari de prison (1)... »

Aucun des arguments invoqués par ce système ne résiste donc à un examen critique : aussi la grande majorité de la doctrine se prononce-t-elle en ce sens que l'autorisation du mari suffit dans tous les cas à habiliter la femme. Elle invoque d'abord en sa faveur la généralité des termes des articles 215 et 217 du Code civil, qui disposent que la femme est relevée de son incapacité par l'autorisa-

(1) DALL., *Rép.*, v^o Mar., n^o 813, 2^o.

tion de son mari et ne font aucune exception à l'égard d'une personne quelconque, ni aucune distinction, suivant que les actes dont s'agit sont passés ou non avec le mari ou dans son intérêt avec un tiers. D'ailleurs les articles 218 et suivants, qui déterminent limitativement les cas exceptionnels où l'autorisation de justice sera requise, ne mentionnent nullement la situation que nous étudions en ce moment. Bien plus, la combinaison des articles 1449 et 1431 du Code civil, (le premier permettant aux créanciers de poursuivre même contre le mari le paiement des dettes contractées par la femme avec son consentement, le second déclarant que la femme, qui s'est obligée solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution), ne suffit-elle pas à démontrer que la femme peut valablement contracter des obligations dans l'intérêt de son mari, et cela avec le seul consentement de celui-ci, sans qu'elle ait besoin en quoi que ce soit de l'autorisation de justice? Enfin cette solution est confirmée en quelque sorte par une interprétation législative résultant de l'article 1 du décret du 17 mai 1809, stipulant que « la femme mariée peut constituer en majorat, en faveur de son mari et de leurs descendants communs, les biens à elle propres, sans qu'il soit besoin d'autre autorisation que de celle requise par l'article 217 du Code Napoléon (1). »

(1) En ce sens, AUBRY et RAU, V, § 472, p. 148 et 149; DEMOLOMBE,

Certains arrêts ont statué dans le sens du système que nous avons rejeté : il a été jugé notamment par la Cour de Turin, en date du 17 décembre 1808 (1), avec des motifs extrêmement développés et d'ailleurs fort intéressants, que l'autorisation dont parle l'article 217 du Code civil, devant être considérée, non pas comme une simple formalité introduite par égard pour la puissance maritale, mais bien comme un secours à la faiblesse du sexe, le mari ne peut pas valablement la donner lorsqu'il est intéressé directement ou indirectement à l'obligation que contracte sa femme, par exemple quand il s'agit, comme en l'espèce, d'un cautionnement en sa faveur (2). Mais la plus grande partie de la jurisprudence se prononce pour l'opinion que nous avons adoptée. Indépendamment d'arrêts déjà anciens qui ont décidé, qu'alors même que la femme contracte avec des tiers une obligation dans le seul intérêt de son mari, l'autorisation de celui-ci suffit pour la validité de l'engagement, sans qu'il soit besoin de demander en outre celle de justice (Gênes, 30 août 1811, Cass., 13 octobre 1812, Colmar, 8 décembre 1812 (3); que la règle, que

IV, n° 232 et suiv.; LAURENT, III, n° 134; HUC, II, n° 273; BEUDANT, I, n° 334.

(1) DALL., *Rép.* v° Mar., n° 814, n° 2.

(2) Jugé par un arrêt de la Cour de Besançon, en date du 27 janvier 1807, rapporté au DALL., *Rép.*, v° Mar., n° 814, p. 400, n° 1, que la maxime « *nemo potest...* » est applicable au cas où la femme s'oblige envers son mari, à la différence du cas où le mari et la femme s'obligent tous deux envers des tiers. Cette opinion est restée à peu près isolée.

(3) DALL., *Rép.*, v° Mar., n° 813.

l'autorisation du mari suffit pour que la femme puisse contracter, ne reçoit pas d'exception pour le cas où c'est envers le mari lui-même que la femme s'oblige (Paris, 12 décembre 1820) (1), des arrêts plus récents ont affirmé les mêmes principes. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de Montpellier, dans son arrêt du 18 novembre 1853 (2), qu'une femme mariée n'a pas besoin de l'autorisation de la justice pour contracter avec son mari ou avec des tiers dans l'intérêt de ce dernier et, par un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 29 avril 1856 (3), que la femme peut, sans l'autorisation de la justice, procéder avec son mari au partage amiable de biens échus à l'un et à l'autre par succession.

La théorie dominante nous paraît commandée par les textes et par l'économie générale du Code en la matière, et c'est pour cela que nous nous sommes prononcé en sa faveur. Mais nous faisons toutes réserves au point de vue législatif et nous souhaiterions ici une réforme qui nous paraît particulièrement urgente et qui d'ailleurs serait en harmonie avec les principes que nous avons cru trouver à la base du Code. Nous avons montré en effet que l'autorisation maritale, telle que nous la connaissons aujourd'hui, repose en réalité sur deux idées contradictoires : le respect dû à l'autorité maritale et le désir de protéger la femme à tout prix. S'il y a un des deux éléments qui prédomine,

(1) DALL., *Rép.*, *loc. cit.*

(2) DALL., 55, 2, 90. *Addé*, Grenoble, 11 mars 1851; D. 53, 2, 63.

(3) DALL., 56, 2, 202.

c'est bien plutôt le second : or, pour admettre la théorie courante, il faut considérer que l'autorité maritale est exclusivement conçue dans l'intérêt du mari et pour faire respecter ses droits. Cependant nous avons déclaré ce système conforme aux textes et, s'il peut en être ainsi, c'est uniquement parce que les rédacteurs du Code, comme d'ailleurs nos jurisconsultes de la fin de l'ancien droit, ne se sont pas rendu un compte bien exact de la contradiction irrémissible qui existait à la base même de leurs décisions.

Une justification un peu différente a été tentée par les auteurs qui prétendent que l'autorisation maritale a seulement pour but de sauvegarder les intérêts de la famille. Partant de ce principe, on a pu écrire : « Comme on s'accorde à ne plus voir dans l'autorité maritale qu'un instrument de sauvegarde des intérêts de la famille, dont l'époux est constitué le représentant, l'application de la maxime « *nemo potest...* » ne se concevrait plus... Il y aurait réelle contradiction à lui faire encore produire ses effets lorsque les intérêts à défendre sont tout autant ceux de l'*auctor* que ceux de l'incapable et que l'autorisation conférée doit faire précisément supposer qu'ils ne sont pas compromis... La vérité est que la loi a fait le mari juge des exigences de l'intérêt familial et que cet intérêt doit être considéré comme satisfait dès qu'il montre par son approbation qu'il l'est lui-même. On a pu penser, au surplus, qu'après tout, s'il profitait de son rôle pour se faire consentir par la femme, directement ou indirectement, de véritables avantages, ces modifications dans le

patrimoine respectif des époux ne nuiraient pas à la famille dans son ensemble, et qu'elle regagnerait d'un côté ce qu'elle perdrait de l'autre » (1).

C'est là un exemple remarquable de la tendance qu'ont certains auteurs modernes de chercher des justifications théoriques aux solutions positives du Code, en raisonnant d'une manière purement abstraite et en ignorant volontairement les données pourtant indispensables de l'histoire et l'état d'esprit où se trouvait le législateur.

Aussi à quels résultats aboutit-on avec une semblable méthode ! D'abord il faut nier l'évidence même, c'est-à-dire le désir, dûment établi par des textes formels, d'accorder à la femme une protection, peut-être même exagérée ; puis, il faut reconnaître au mari, sous le fallacieux prétexte qu'il est seul juge des intérêts de la famille, un pouvoir sans bornes et sans contrôle. Et, malgré tout, quand la constatation s'impose, évidente, inéluctable, que c'est donner au mari le droit de spolier sa femme, on en est réduit à dire qu'après tout la famille n'y perdrait rien, ce qui n'est pas absolument exact quand il y a des enfants et ce qui devient manifestement erroné quand il n'y en a point, hypothèse extrêmement fréquente de nos jours. Combien plus simple, plus nette et combien aussi plus véridique et plus conforme à la réalité des faits était la théorie de Portalis quand, trouvant seulement au fond

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, p. 752 et 753.

de son analyse les deux intérêts vraiment en présence, celui du mari et celui de la femme, il disait dans son exposé des motifs du titre de la vente. « Il répugne que l'on puisse être à la fois juge et partie : « *nemo potest esse auctor in rem suam* ». Or, quand on autorise on est juge et on est partie quand on traite. On peut, comme partie, chercher son bien propre et particulier ; comme autorisant, on ne doit travailler qu'au bien d'autrui ».

Si donc nous voulons donner une solution, non pas purement déductive, mais rationnelle et en conformité avec nos tendances modernes, il faut adopter le premier système, dont les raisons morales et pratiques sont pour ainsi dire irréfutables, une fois acquis ce point de départ que la femme doit être protégée. C'est qu'il y a tout lieu de craindre l'abus que le mari peut faire de son influence, le parti qu'il peut tirer de l'inexpérience ou de la pusillanimité de sa femme. Comme le disait si justement Demolombe : « Est-il possible de confier la protection d'une personne incapable à son propre adversaire, de confier le soin de sa défense à celui-là même qui l'attaque ? » (1). D'autre part, comment empêcher les fraudes que les époux pensent ainsi commettre à l'égard de leurs créanciers ? (2). Que l'on fasse intervenir l'autorisation de justice et aussitôt tous ces dangers disparaissent, la femme n'a plus à craindre d'être spoliée par son mari, ni les tiers

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 235.

(2) Cf. PORTALIS, *loc. cit.*

d'être frustrés par les époux. C'est une solution pratiquement bonne et équitable, qui présente des avantages multiples et à laquelle on ne peut reprocher aucun inconvénient sérieux.

CHAPITRE IV

Des effets de l'autorisation de justice.

Les effets produits par l'autorisation de justice sont aujourd'hui les mêmes, à tous les points de vue, que dans l'ancien droit et sont en conséquence sujets aux mêmes critiques. Nous n'avons donc à y revenir que pour compléter, en tant qu'il pourra en être besoin, ce que nous avons déjà dit à cet égard.

En ce qui concerne la femme, l'autorisation de justice la rend aussi capable que l'autorisation de son mari, réserve faite des quelques exceptions que nous avons rencontrées au cours de cette étude. Il en résulte évidemment que les actes, en vue desquels l'habilitation a été accordée, ne peuvent plus être attaqués pour cause d'incapacité, mais il ne faut pas oublier que la femme conserve le droit de se prévaloir, conformément aux règles ordinaires, des vices de droit commun dont ils peuvent être affectés. C'est ce que disait déjà Bourjon dans l'ancien droit. « L'autorisation... de justice n'étouffe pas les moyens de restitution si aucuns sont ouverts à la femme (1) » et la solution n'a pas changé depuis lors.

(1) BOURJON, *Droit commun de la France*, I, p. 582.

La question de beaucoup la plus intéressante est celle de déterminer les effets de l'autorisation de justice à l'égard du mari. Ici encore la théorie dominante de l'ancien droit a passé dans le Code civil. Le mari n'étant même point engagé par sa propre autorisation (1), en vertu de la maxime « *qui auctor est non se obligat* » (2), il semble logique que l'autorisation de justice, qui lui est complètement étrangère, ne produise aucun effet à son égard. C'est ce que déclare expressément l'article 1426 du Code civil (3) ayant en vue le seul régime pour lequel la question pût se poser. « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté ». Ainsi les obligations que la femme habilitée par justice aura contractées, les condamnations qui auront été prononcées contre elle, ne pourront recevoir exécution ni sur les biens propres du mari, ni sur les biens de la communauté, ni même, comme nous l'avons constaté dans l'ancien droit et ainsi d'ailleurs qu'il résulte des principes les plus essentiels de la communauté, sur l'usufruit des propres de la femme, lequel doit être réservé au mari

(1) Il en est ainsi notamment en cas de régime dotal avec paraphernaux ou de séparation de biens : la seule exception est celle dérivant des articles 1409 : 2^o et 1449, C. civ. qui permettent de poursuivre sur la communauté et les biens propres du mari les obligations contractées par la femme avec le consentement de celui-ci.

(2) L. 26. C. *De administ. tut. vel cur.*, V. 37. — L. 160, pr. D. *De eg. jur.*, L. 17.

(3) *Adde*, art. 1443 et 1447, C. civ.

toutes les fois qu'il lui a été attribué par le régime matrimonial (1). N'est-ce pas inciter le mari peu scrupuleux, comme l'avaient déjà remarqué Loyseau et Basnage, à s'en rapporter toujours à justice, ce qui lui permettra de profiter des avantages de la situation, tout en restant à l'abri des inconvénients qu'elle peut présenter ?

D'ailleurs la même solution existe aussi bien quand la justice est intervenue en cas d'impossibilité matérielle ou d'incapacité légale du mari que lorsqu'elle a prononcé sur son refus. Sans doute les articles 1413 et 1417 C. Civ., ne semblent prévoir que cette dernière hypothèse, mais les termes généraux des articles 1419 et 1426, les exceptions formellement prévues par l'article 1427, montrent suffisamment qu'il s'agit ici d'une règle absolue et que seule l'autorisation personnelle du mari permet aux actes de la femme de réfléchir contre lui ou la communauté (2).

Cependant, pour des raisons de nécessité pratique, l'article 1427 du Code civil, admet deux ordres d'exceptions. « La femme, y est-il dit, ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison ou pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice ». La règle

(1) Ainsi jugé que les frais et dépens des instances dans lesquelles la femme, munie de l'autorisation de justice, a succombé, ne peuvent être poursuivis contre la communauté ni le mari. Cass., 30 avril 1862, D. 62, 1, 210, — si sur les revenus des biens dotaux. Cass., 5 juillet 1865, D. 65, 1, 312.

(2) En ce sens, AUBRY et RAU, p. 161, n° 99 ; DEMOLOMBE, IV, nos 319-321 ; LAURENT, III, n° 152 ; *Contrà*, ZACHARIE : éd. Massé et Vergé, I, § 134, p. 243.

est donc renversée et les obligations contractées dans ce cas par la femme habilitée de justice obligeront la communauté et par suite le mari : il est même couramment admis que la femme peut alors, non seulement obliger la communauté en empruntant de l'argent, mais même disposer des biens communs pour les aliéner ou pour constituer une dot en nature à l'enfant qu'elle établit.

La première hypothèse prévue au texte est celle où il s'agit de tirer le mari de prison. De nos jours cette disposition paraît au prime abord quelque peu anormale, puisqu'on ne tire pas les gens de prison avec de l'argent, mais autrefois cet article avait une application fréquente dans les cas d'emprisonnement pour dettes. D'ailleurs, si la loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps dans toutes les matières civiles et commerciales, on l'a laissée subsister en matière pénale pour le paiement des amendes et des indemnités (Loi 22 juillet 1867) et pour le recouvrement des frais de justice (Loi 19 décembre 1871). Le législateur n'a pas voulu que de vains scrupules ou un parti-pris déraisonnable de la part du mari pussent empêcher la femme de payer ses dettes pour le tirer de prison. Notons d'ailleurs qu'il n'y a point ici d'exception faite aux principes généraux des articles 217 et suivants, et que, si le mari pouvait ou voulait accorder son autorisation, celle-ci serait parfaitement valable, nonobstant les termes d'apparence restrictive de l'article 1427 (1). Ajoutons enfin

(1) En ce sens, Cass., 8 novembre 1814; DALL., *Rép.*, v^o Mar., n^o 813,

que peu importe la cause de l'emprisonnement et qu'il y aura lieu à application du dit article aussi bien en cas de condamnation criminelle, correctionnelle ou de simple police que pour le paiement d'amendes ou de réparations civiles. Il en serait de même si, le mari étant prisonnier de guerre ou captif de brigands, on demandait un cautionnement ou une rançon pour lui rendre la liberté (1).

La question s'est aussi posée de savoir si l'on pouvait appliquer l'article 1427 au cas où il s'agirait non plus de tirer le mari de prison, mais de l'empêcher d'y entrer : toutefois, pour les raisons précédemment exposées, elle a perdu aujourd'hui la plus grande partie de son intérêt pratique. La théorie dominante a toujours été, à bon droit selon nous, de se borner à la stricte observation des termes de l'article 1427. D'ailleurs, tant que le mari a sa liberté, il lui est facile d'engager lui-même les biens communs ou d'autoriser sa femme à le faire (2).

On s'est demandé, d'autre part, si la femme pouvait invoquer le bénéfice de l'article 1427 pour se tirer elle-même de prison. Certains auteurs se sont prononcés en faveur de cette extension (3), mais nous croyons préférable de conclure à la négative, les exceptions devant toujours être

(1) PLANIOL, *op. cit.*, t. III, n° 1102; DALL., *Nouveau Code civil annoté*, art. 1427, nos 7-10.

(2) TOULLIER, XII, n° 235; GUILLOUARD, II, n° 834; *Contra* : RODIÈRE et PONT, I, n° 616 et 2, n° 513.

(3) TOULLIER, XII, n° 237; DALL., *Rép.*, v° Contrat de mariage, n° 1089 et Suppl., *eod. verbo*, n° 359.

entendues restrictivement et l'hypothèse ne présentant au surplus aucune analogie avec celle prévue au texte (1).

Le second cas indiqué par l'article 1427 est celui où, le mari étant en état d'absence, il faut pourvoir à l'établissement d'un enfant. Il y a là une nécessité pratique évidente et, d'ailleurs, il est tout naturel de penser que le père, s'il avait été présent, aurait agi de même, son affection envers ses enfants pouvant être présumée à bon droit. Notons en passant qu'il est couramment admis que, par établissement, la loi entend parler non seulement d'un mariage, mais de toute profession ou industrie propre à assurer aux enfants les moyens de se suffire à eux-mêmes et que le terme d'enfants comprend tous les descendants, même au-delà du premier degré. D'autre part, il est généralement reconnu que l'article 1427 s'applique aussi bien en cas d'absence déclarée que d'absence présumée, mais qu'en revanche on ne doit pas l'étendre aux autres cas dans lesquels le mari ne peut pas manifester sa volonté.

Il est beaucoup plus intéressant de savoir si l'article 1427 est limitatif, ou si, au contraire, il n'y a pas d'autres hypothèses où la femme autorisée par justice puisse engager son mari et la communauté. On a quelquefois soutenu le second système, en prétendant que le mot *même*, qui procède l'énumération des deux cas exceptés, laisse entendre qu'il peut y en avoir d'autres, qui ne sont point

(1) GUILLOUARD, II, n° 835 bis.

cités uniquement parce qu'ils sont moins dignes de faveur. (1) Il y a même eu en ce sens un arrêt de la Cour d'Amiens, en date du 26 juillet 1877, qui a décidé qu'une femme, dont le mari était placé dans un établissement d'aliénés, avait pu se faire autoriser par justice à réaliser une opération commerciale, incontestablement avantageuse, pour le compte de la communauté. (2) Mais il nous semble impossible d'admettre une pareille solution, qui ne conduirait à rien moins qu'à donner à la justice, d'une manière générale, le droit de suppléer le mari dans l'administration de la communauté. D'ailleurs le mot *même*, dont on a voulu argumenter, comme nous l'avons dit précédemment, doit être interprété d'une toute autre façon si l'on veut bien se reporter à l'ancien droit. Autrefois en effet, pour tirer le mari de prison, la femme pouvait agir seule et engager la communauté sans aucune autorisation (3) : l'article 1427 a été écrit pour supprimer cette ancienne pratique et astreindre la femme à requérir dans ce cas l'autorisation du juge. (4)

Toutefois la communauté et le mari pourraient être tenus des engagements de la femme autorisée par justice jusqu'à concurrence du profit qu'ils en auraient retiré, et

(1) DEMOLOMBE, IV, n° 321 ; DURANTON, XIV, n° 305.

(2) DALL., Suppl., v° Contrat de mariage, n° 356.

(3) LE BRUN, *op. cit.*, liv. 11, ch. 1, sect. 1 ; POTHIER, *Puissance du mari*, n° 35 et suiv.

(4) Cf. le rapport de Duveyrier au Tribunat ; LOCRÉ, *Lég. Civ.*, t. XIII, p. 349, n° 18. En ce sens AUBRY et RAU, V, par. 509, p. 336 ; LAURENT, XXII, n° 84 ; GUILLOUARD, II, n° 837 ; PLANIOL, III, n° 1103.

cela conformément au droit commun, en vertu des actions *negotiorum gestorum* et de *in rem verso* (1). Il est d'ailleurs à remarquer que cette hypothèse n'a rien de particulier à notre étude, puisqu'il a y lieu à application des dits principes non seulement quand la femme est habilitée de justice, mais même quand elle a agi sans aucune autorisation.

De l'ensemble des constatations que nous avons faites, il résulte donc, ainsi que nous l'avons déjà remarqué pour la femme commerçante, que l'autorisation de justice ne peut avoir une réelle utilité que dans le cas de séparation de biens ou de régime dotal avec paraphernaux. C'est évidemment là un des plus grands inconvénients que l'on puisse reprocher à notre législation et un des points principaux sur lesquels une réforme prochaine serait particulièrement souhaitable.

Il nous reste maintenant à examiner si le mari peut porter atteinte à l'autorisation accordée par la justice : une distinction nous paraît s'imposer de prime abord.

Si c'est au cas de refus que le tribunal a accordé l'autorisation, il semble bien qu'il s'agit d'une décision judiciaire, tranchant une véritable contestation et que le mari peut l'attaquer seulement à l'aide des voies de recours du droit commun. Toutefois il y aurait peut-être lieu d'admettre, s'il y avait des faits nouveaux qui aient changé la situation et que l'autorisation n'ait pas encore produit son effet, que le mari pourrait en demander le retrait en

(1) AUBRY et RAU, *loc. cit.*, p. 458, n° 88.

suivant les formes fixées par les articles 861 et suiv. du Code procédure civile.

Si, au contraire, la justice n'est intervenue qu'au cas d'impossibilité matérielle ou d'incapacité légale de donner son autorisation et que, bien entendu, les choses soient encore entières, le mari doit pouvoir, nous semble-t-il, révoquer cette autorisation par simple acte extrajudiciaire (1). C'est qu'ici en effet on ne peut plus dire qu'il y ait chose jugée puisqu'il n'y a pas eu de litige, la justice n'ayant fait que remplacer le mari et statuer à sa place dans un cas de silence involontaire. Si donc nous sommes censés nous trouver en présence d'une décision qui est supposée être l'expression de la volonté du mari, rien de plus naturel que de lui permettre, puisque par hypothèse son état d'absence ou d'incapacité a cessé, de manifester maintenant sa véritable pensée (2). La situation de la femme ne sera pas d'ailleurs aggravée pour cela, puisque, se trouvant alors en présence d'un refus, elle pourra se pourvoir devant la justice, conformément aux règles établies par les articles 861 et suiv. du Code de procédure civile.

(1) Cf. AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(2) Cf. BAUDRY-LACANTINIERE et HOUQUES-FOURCADE, n° 2340-41.

CONCLUSION

Nous sommes maintenant en mesure d'apprécier à sa juste valeur le système d'habilitation de justice tels que l'ont compris les rédacteurs du Code civil. Ses défauts les plus graves ont été relevés au cours même de cette étude : il nous reste à compléter ces aperçus, à synthétiser en quelque sorte nos critiques, à indiquer enfin les réformes qui nous paraissent opportunes. Pour cela la distinction que nous avons déjà adoptée s'impose tout naturellement : nous verrons ce qu'il faut penser, d'abord des circonstances où se manifeste l'intervention de la justice, ensuite des effets qui en résultent pour l'association conjugale.

I. L'hypothèse où la femme est habilitée par justice au refus du mari ne nous retiendra pas longtemps. Ce fut la première atteinte portée à l'omnipotence maritale, mais c'est aussi la plus sage et celle qui s'imposait inévitablement avec les progrès de la civilisation : il est inadmissible de laisser la femme impuissante et désarmée en face de la rancune ou du caprice de son époux. Telles ont été d'ailleurs la force et la simplicité de ce principe que, comme

nous l'avons constaté, il est arrivé, très peu de temps après son apparition, à produire tous les effets utiles qu'il était susceptible d'engendrer, toutes précautions prises d'ailleurs pour que l'on ne tombât point d'un excès dans l'autre en affaiblissant outre mesure l'autorité maritale. Depuis lors aucun changement de fond n'a été fait en la matière et nous ne pouvons rien trouver à redire à ce maintien de la tradition dans ce qu'elle présentait de meilleur.

II. Au contraire, combien est inutile et même nuisible le rôle supplétif de l'autorisation de justice, intervenant quand le mari est dans l'impossibilité matérielle ou l'incapacité légale de manifester sa volonté. Nous ne reviendrons pas sur l'évolution remarquable qui la caractérise : nous avons suffisamment montré comment la donnée d'incapacité féminine, si étrangère à notre vieux fonds coutumier, avait pris dans notre ancien droit, sous l'influence des idées romaines et canoniques, une extension de plus en plus considérable pour aboutir à son apogée sous le Code civil. Or il est impossible d'expliquer rationnellement pourquoi, dans une législation qui reconnaît à la femme libre (fille majeure, veuve, divorcée), une pleine capacité, la femme mariée est au contraire envisagée comme un être faible auquel il faut à tout prix assurer une permanente protection. Combien meilleure était la théorie de Beaumanoir quand, partant des mêmes principes, il aboutissait à la seule conclusion logiquement possible, à savoir que, dans tous les cas où, physiquement ou légalement, le

mari ne peut donner son autorisation, la femme doit pouvoir agir librement et prendre la direction des intérêts du ménage, parce qu'en l'absence ou en l'incapacité du chef, il est tout naturel que la conduite de l'association revienne à celui-là même qui est chargé, par la force même des choses, de le suppléer !

III. Un grave reproche que l'on peut aussi formuler contre les rédacteurs du Code est de n'avoir pas prévu des situations pratiques de la plus haute importance. Il nous suffira à cet égard de rappeler les divergences irréductibles qui, faute d'une solution légale, se sont produites dans la doctrine et dans la jurisprudence sur le point de savoir si la femme mariée peut être habilitée par justice à faire le commerce, à contracter un engagement théâtral, à embrasser en un mot une profession quelconque qui lui permette de vivre et d'élever ses enfants. Combien de dangers présente la solution négative, surtout quand, ne la limitant pas comme nous au cas de refus, on l'étend aux hypothèses où la volonté du mari ne peut pas se manifester : n'est-il pas alors véritablement angoissant de mettre la femme dans une situation irrémédiablement sans issue, de lui ôter peut-être le seul moyen qui pourrait lui assurer les ressources nécessaires et cela quand le mari, présent et capable, aurait souvent bien volontiers donné son autorisation ?

IV. De même il y a tout lieu de craindre des dangers particulièrement graves quand il s'agit pour la femme de contracter avec son mari ou avec un tiers dans l'intérêt de

son mari. La théorie qui nous a paru juridiquement la meilleure est d'une incohérence déplorable au point de vue rationnel. Par les solutions positives du Code, nous avons la preuve irréfutable que ses auteurs, imbus des idées d'incapacité féminine, ont entendu protéger la femme à tout prix et en toute occasion et pourtant, devant leur silence, nous sommes forcés de la livrer sans défense à son pire adversaire, dans les conditions les plus désastreuses que l'on puisse imaginer pour elle (1).

V. Mais tout cela n'est encore rien à côté des effets véritablement dérisoires auxquels la loi a cru bon de limiter l'action de la justice, spécialement sous le régime de communauté. Voici un mari qui refuse son autorisation, contrairement à toute raison et à toute équité : la justice, appelée à se prononcer, déclare que l'acte que veut faire la femme, bien loin d'être nuisible ou dangereux, lui est au contraire utile tant dans son intérêt que dans celui de la famille, et la loi ne trouve alors rien de mieux que d'enlever à la décision du juge tout effet pratiquement utile, en déniaut à la femme le pouvoir d'engager les biens de la communauté, du mari et même la jouissance de ses biens personnels. Il en est d'ailleurs de même dans les cas d'autorisation supplétive : parce que le mari est absent ou parce qu'il est interdit, on a jugé bon d'astreindre la femme, malgré tous les frais et toutes les longueurs que cela entraîne, à l'habilitation du tribunal, et,

(1) Cf. Camille PROVANSAL, *Capacité de la femme mariée*, p. 66-67.

quand elle est enfin parvenue à l'obtenir, elle s'aperçoit qu'elle n'a entre les mains qu'un instrument entièrement dénué d'utilité pratique. Sans doute il n'en sera plus de même sous les régimes de séparation de biens ou dotal avec paraphernaux, et encore à condition que la femme ait des biens personnels importants, mais ne sont-ce pas les régimes de communauté légale ou conventionnelle qui constituent dans notre pays l'immense majorité ? (1)

VI. De l'ensemble des constatations que nous venons de faire, il résulte que des réformes urgentes s'imposent et qu'il faudrait y procéder sous l'influence de deux principes directeurs : supprimer l'autorisation supplétive et donner à l'autorisation de justice, dans les cas où elle serait maintenue, des effets pratiquement utiles.

En conséquence il conviendrait de décider que la femme ne sera plus considérée comme incapable mais simplement comme subordonnée à son mari dans l'intérêt de la bonne administration du ménage (2) ; que l'on reviendra à la théorie du XIII^e siècle, mitigée toutefois par l'admission du

(1) Sur 287.179 mariages célébrés en 1898, 82.346 seulement ont été précédés d'un contrat de mariage, sur lesquels 68.412 ont adopté les diverses variétés de la communauté. (*Bulletin de statistique*, février 1899, p. 141 et *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1900, p. 562.)

(2) De la même idée il résulterait que le mari pourra donner à sa femme toute autorisation générale qu'il lui plaira (Cf. *Code civil Italien*, art. 134) et pourra seul demander la nullité d'un acte fait par elle sans autorisation. Toutefois, pour des raisons d'utilité pratique, la solution du Code civil sur le second point a parfois été maintenue (Cf. *Code civil Italien*, art. 137).

recours à la justice au cas de refus du mari, en libérant la femme de toute autorisation et en lui transmettant tous les droits qu'avait le mari sur l'association conjugale, notamment le droit d'engager la communauté, toutes les fois qu'il sera dans l'impossibilité matérielle ou l'incapacité légale de faire connaître sa volonté (1). En revanche nous croyons utile d'exiger l'autorisation de justice au cas où la femme contracte avec son mari ou avec un tiers dans l'intérêt de son mari, et d'une manière générale à toutes les hypothèses où il y a, directement ou indirectement, conflit d'intérêts entre les époux (2).

Au contraire, nous tendons à repousser les tentatives de la jurisprudence en faveur des femmes séparées de biens ou abandonnées par leur mari. Nous ne contestons pas qu'il n'y ait là parfois des situations fort dignes d'intérêt, mais d'une part l'autorisation supplétive étant supprimée par hypothèse, d'autre part une facilité de plus en plus grande étant donnée pour obtenir le divorce ou la séparation de corps qui rendent à la femme sa pleine capacité civile, nous ne voyons pas ce qui pourrait motiver aujourd'hui une violence aussi caractérisée faite à la loi et une atteinte aussi grave portée à la puissance maritale.

Enfin il est à souhaiter, pour les raisons pratiques que nous avons exposées, que les actes de la femme autorisée

(1) Cette liberté s'étendrait évidemment au choix d'une profession quelconque y compris le commerce.

(2) Cf. sur ces points, GIDE, *op. cit.*, p. 535 s. et HUC, *op. cit.*, t. II, n° 282.

par justice puissent engager sous le régime de communauté non seulement la pleine propriété de ses propres et les biens communs, mais même les biens du mari, de manière que celui-ci ne puisse plus, en refusant systématiquement son autorisation, profiter des avantages d'une situation sans supporter le moins du monde aucun de ses inconvénients (1).

VII. D'ailleurs, en adoptant les réformes que nous venons de proposer, le législateur français ne fera qu'entrer dans la voie déjà suivie par plusieurs Codes de nations voisines. C'est ainsi que, contrairement aux dispositions du Code Sarde de 1837 (2) qui avait adopté les solutions du nôtre sur ce point (3) le Code Civil Italien de 1865 (4) a réalisé la plupart des modifications que nous avons demandées — en premier lieu en supprimant complètement toute autorisation supplétive (art. 135) — en second lieu en exigeant l'autorisation de justice dans les contrats entre époux (art. 136). Les mêmes tendances se retrouvent, à des degrés moindres, dans le Code civil Portugais de 1867, qui permet à la femme de s'engager sans aucune autorisation, quand le mari est absent ou dans l'impossi-

(1) *Contra*, LEMIERRE, *op. cit.*, p. 158, qui demande que les actes de la femme habilitée par justice au refus de son mari engagent seulement la pleine propriété de ses propres.

(2) *Code civil pour les États de Sa Majesté le roi de Sardaigne*, Turin, 1837, art. 131-138.

(3) Sauf au cas de conflit d'intérêts entre les époux, où il exigeait déjà l'autorisation de justice, (art. 131 et 133).

(4) HUC et ORSIER, *le Code civil Italien et le Code Napoléon*.

bilité de donner son consentement (article 1116), tout en ne lui accordant alors sur les biens du ménage que le droit d'administration, l'autorisation du Conseil de famille, le ministère public entendu, restant nécessaire pour l'aliénation d'un immeuble, (article 1190) — et dans le Code Espagnol de 1889 qui laisse la femme agir librement en cas d'absence ou d'interdiction du mari, en maintenant toutefois la nécessité de l'autorisation de justice quand il s'agit d'aliéner un immeuble ou de le grever de droits réels (article 1444).

VIII. Reste à savoir si de telles réformes paraîtront aujourd'hui suffisantes, car les idées des théoriciens sur l'émancipation de la femme sont beaucoup plus avancées et ne tendent à rien moins qu'à la suppression de l'autorisation maritale (1). Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur une question aussi grave et qui dépasse visiblement le cadre restreint de notre étude. Nous nous bornerons à constater que, depuis quelques années, ces tendances ont inspiré certaines dispositions du droit positif : c'est ainsi que la femme mariée peut, sans aucune autorisation, se faire donner un livret de caisse d'épargne,

(1) Cf. notamment LAURENT, *avant-projet de révision du Code civil* ; Camille PROVANSAL, *op. cit.*, p. 259 et suiv. Propositions de loi déposées à la Chambre le 27 octobre 1895 par le député Michelin et le 27 novembre 1906 par le député Beauquier, cette dernière ainsi conçue : Article unique : « L'incapacité légale de la femme mariée est abolue. Les articles 215, 217, 218, 219, 221, 222, 224 et 225 du Code civil sont abrogés ainsi que toutes les dispositions contraires à la présente loi. »

opérer des dépôts et même des retraits de fonds (Loi 9 avril 1884, article 6), faire des versements à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse (article 13 : 4^o) et enfin disposer librement de son salaire et des produits de son travail en vertu de la loi récente du 16 juillet 1907. Cette même loi nous fournit d'ailleurs une remarque intéressante sur une conception nouvelle du rôle de la justice, qui, bien loin, comme auparavant, d'intervenir pour habiliter la femme et par conséquent lui donner une capacité plus grande, pourrait désormais, en cas d'abus de sa part, lui retirer les pouvoirs que vient de lui conférer le législateur (article 2) (1).

C'est à l'aide des mêmes principes que certains juriscultes voudraient étendre à la femme séparée de biens le bénéfice de la pleine capacité civile, que la loi du 6 février 1893 a accordée à la femme séparée de corps. La question nous paraît cependant fort différente, car, autant il est rationnel et équitable de supprimer l'autorisation au cas où, la vie commune ayant cessé, le ménage est virtuellement dissous, autant il nous paraît inadmissible d'aboutir au même résultat en se basant sur une simple séparation des intérêts pécuniaires, ce qui ne conduirait d'ailleurs à

(1) On s'était déjà demandé, sous l'empire du Code civil, si, en vertu de l'article 788, le mari ne pourrait pas se faire habiliter par justice à accepter une succession échue à sa femme, lorsque celle-ci la refuse sans motif légitime et que la communauté y est intéressée. Cf. notamment M. MASSIGLI, *Cours de doctorat sur les Successions*, (Paris, 1906-1907 et THIRY, *Revue critique*, 1857, p. 248-265).

rien moins qu'à considérer le mariage comme une pure société d'affaires. Nous croyons au contraire indispensable de maintenir dans cette association conjugale où les intérêts moraux occupent une place si considérable, même en cas de séparation des intérêts pécuniaires, une unité de vues et de direction qui ne peut être réalisée que par la suprématie de l'un des époux. Quant à l'égalité absolue des sexes en cette matière, elle nous paraît pratiquement irréalisable par suite de cette simple constatation : que le ménage est dirigé souvent par le mari à l'exclusion de toute participation de la femme, parfois par la femme sans que le mari y ait la moindre part (1), jamais par les deux époux à la fois avec des pouvoirs vraiment égaux et une action réellement équivalente.

(1) Cf. Turgeon, *op. cit.*, p. 403 et suiv.

Vu :

Le Président de la thèse,
Ch. MASSIGLI.

Vu :

Le Doyen,
Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Vice-Recteur,
L'Inspecteur d'Académie,
V. BONNARIC.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	1
 PREMIÈRE PARTIE	
L'Autorisation de justice dans l'ancien droit.	
CHAPITRE I. — La puissance maritale au xiii ^e siècle.....	5
CHAPITRE II. — L'autorisation de justice à partir du xiv ^e siècle.	12
SECTION I. — L'autorisation de justice au refus du mari ...	13
SECTION II. — L'autorisation supplétive de justice.....	16
SECTION III. — Étendue de l'autorisation de justice quant aux actes auxquels elle s'applique.....	23
CHAPITRE III. — Des effets de l'autorisation de justice	28
CHAPITRE IV. — L'autorisation de justice sous le régime de séparation de biens.....	33
CONCLUSION.....	37
APPENDICE. — L'autorisation de justice sous le droit intermé- diaire	38

DEUXIÈME PARTIE

L'Autorisation de justice dans le droit moderne.

CHAPITRE I. — Des cas où, le mari refusant son autorisation, la femme est habilitée par justice.....	57
CHAPITRE II. — Des cas où l'autorisation maritale ne peut être remplacée par l'habilitation de justice.....	62
§ I. — Exécution testamentaire.....	62
§ II. — Compromis.....	64
§ III. — Donation de biens dotaux pour l'établissement d'enfants communs.....	65
CHAPITRE III. — Des cas où l'autorisation de justice est seule à intervenir, le mari étant dans l'impossibilité, physique ou légale, de donner la sienne.....	67
SECTION I. — Condamnation.....	67
SECTION II. — Interdiction.....	72
SECTION III. — Absence.....	86
SECTION IV. — Minorité.....	92
APPENDICE.....	97
SECTION I. — Du cas où la femme sollicite de la justice l'autorisation de faire le commerce ou d'embrasser une profession quelconque.....	97
SECTION II. — Du cas où la femme contracte avec son mari ou avec un tiers dans l'intérêt de son mari... ..	120
CHAPITRE IV. — Des effets de l'autorisation de justice.....	131
CONCLUSION.....	140

